مطبوعات معهد الأبحاث العليا المغربية

سلسلة مركز الدراسات الشرعية

الجزء الخمسون

محاذي الزقاقية

وهو دروس متوسطة في التشريع الاسلامي

تاليف
العبد الفقير الى مولاه الغني
عبد الله بن عبد الصمد كنون الحسني
كان الله له وعفا عنه
آمين

اعتنى بنقله الى اللغة الفرنسية
الاستاذ بوريس دي برفنتياف

سيري
بنهج سوفلو ، عدد ٢٢ - باريس
١٣٧٨ - ١٩٥٨

محاذي الزقاقية

محاذي الزقاقية

(EN SUIVANT LA ZAQQÂQIYA)
par
ABDALLAH BEN ABDESSAMAD GUENNOUN

وهو دروس متوسطة فى التشريع الاسلامى المغربى

Cours moyen de législation islamique marocaine

تاليف

العبد الفقير الى مولاه الغني
عبد الله بن عبد الصمد كنون الحسني
كان الله له وعفا عنه
آمين

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليما

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على الظالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيئين ، وامام المرسلين ، وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعـد فان علم القضاء والاحكام ممـا تقتضيه طبيعة الاجتماع وضرورة العمران ، لانه به تصان الحقوق ، وتحفظ النفوس ، ويتحقق العدل ، ويثبت النظام ، وقد عظم الشرع قدره ، واختصه بمزيد عنايته ، فكان أن أقبل المسلمون عليه فى الصدر الاول فما بعده فدرسوه حق دراسته ، ولم يكن لهم حرص الا على تحرير مسائله وتحقيق مشاكله ، فبلغوا من ذلك الغاية ، وصاروا بحيث تقتبس منهم الامم قوانين العدل ، وقواعد الحكم ، ولكن نبتت فى العصر نابتة ، هي وان جعلت وكدها طلب العلم الا أنها حذفت من برنامجها علم الفقه جملة ، وبالاخص فقه المعاملات ، فلا تلتفت اليه ولا تعيره أدنى اهتمام ، وهي حالة مؤسفة يتخوف منها – ان دامت – على مستقبل هذا العلم ، وقد كان من اعذار بعضهم أنه لا يوجد مورد صاف يستقي منه الطالب الا هـذه الموضوعات الضخمة ، المشحونة بالخلاف ومقارنة آراء الفقهاء ، بل لا يوجد مدخل له – بمعنى كتاب مختصر – يراعي فيه ما يلزم للطلبة المبتدئين من السهولة والتقريب ، كما يوجد لكل العلوم مداخل بهذا المعنى ، وحيث الامر كذلك أردت أن ارشد المسترشدين منهم الى أخصر كتاب على الاطلاق فى هذا العلم ، وهـو « **لامية الامام الزقاق** » الا اني وجدتها مـع اختصارها وجمعها كادت تكون رمزا مغلقا ، فلا تؤدي الى المراد الا بشق الانفس ، وأما اذا تناول الطالب المبتدىء شروحها فانه يتخم بالنحويات قبل الفقهيات ، وبالتقديرات قبل التقريرات ، لما أن نظمها يستدعي كثيرا من ذلك ، فاستعنت الله عز وجل على هذا « **المحاذي** » الذي استوفيت فيه مسائلها وحررت مشاكلها ، وجمعت كل شيء ونظيره ، وما كان مفرداً لا ثاني له ضممت اليه ما يناسبه مما تقضى بذكره الضرورة ، لان الناظم رحمه الله ذكر مسائل مفردة من أبواب مختلفة ، ومراده بذكرها الاشارة الى المعتبر فيها أو المعمول به من الاقوال ، فحسن قصد النفع الاشارة الى ما لا يسع جهله من تلك الابواب ، ولا سيما مع شدة الحرص على الترتيب والتبويب للكتاب ، فجـاء بحمد الله موفيـا بالغرض ، ومؤديا للواجب المفترض ، قاطعا لعذر من اعتذر عن التحصيل ، باعثا للامل فى نفس عديم التأميل ، فنشكره جل وعلا ، على ما خول وأولى ، ونستزيده من نعمه التي لاتعد ، ومننه التي لا تحد ، ونستوهبه المعونة ، على الخير والصلاح والهداية الى طريق النجاح والفلاح ، انه على ذلك قدير ، وبالاجابة جدير .

باب فى الدعوى والقضاء

كيفية ابتداء الحكم

اذا عرف القاضى المدعي بكونه جلب المدعى عليه او سبقه الى مجلس الحكم او سلم له انه المدعي ، أمره بذكر دعواه بأن يقول له : مالك أو ما خصومتك ، أو سكت حتى يبتدئاه ، فاذا تكلم أحدهما أسكت الاخر حتى يسمع من صاحبه ، ولا يبدئ أحدهمـا ان لم يكن مدعيا . ولا باس اذا لم يعلم أن يقول : أيكما المدعي فاذا تنازعا فى ذلك صرفهما حتى يأتي أحدهما فيكون هو المدعي . وخاصية المدعي أن يتجرد قوله عن مصدق من أصل او عرف بعكس المدعى عليه ، كمن يدعي على رجل بدين أو أنه عبده والاصل براءة الذمة والحرية . فالاول مدع والثاني مدعى عليه . وكتنازع الزوجين فى متاع البيت واختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الدين ، فمن تجرد قوله من المتداعيين عن العرف فى ذلك فهو المدعي والآخر مدعى عليه .

أقسام الدعوى الصحيحة

أقسام الدعوى الصحيحة أربعة : لانها اما طلب معين ، أو ما فى ذمة معين ، أو ما يؤول الى أحدهما . فالاول كدعوى أن الثوب او الدابة او العبد المعينات له ؛ والثاني كالدين في ذمة معين بالشخص والدية في ذمة معين بالصفة وهو العاقلة ؛ والثالث كدعوى المرأة الطلاق لتحريز نفسها والنفس معينة . فئال الى الاول والرابع كدعواها المسيس قبل الطلاق لتستوجب الصداق كاملا وهو فى ذمة معين ؛ فئال الى الثانى . واعلم أن صحة الدعوى هي كونها بحيث تستحق جوابا وذلك مشروط بشرطين : الاول أن يكون الشيء المدعى به مما يلزم بالاقرار احترازا من دعوى أنه ابتاع منه خنزيرا او خمرا او وعده بشيء ، لانه على تقدير الاقرار لا يلزم المدعى عليه ؛ الثاني أن يتعلق به غرض صحيح ، بأن يكون من مقاصد العقلاء احترازا من الدعوى بعشر سمسمة مثلا ، اذ لا يتعلق بذلك غرض شرعي ، فاذا تحقق هذان الشرطان أمر القاضي المدعى عليه بالجواب وان لم يطلب المدعي ذلك . ولا يشترط كون المدعى به معلوما احترازا من لي عليك شيء ، لانه ان ادعى جهل قدره سمعت دعواه ، ولا كونه محققا احترازا من نحو

أظن أن لي عليك ألفا ، لان العمل على توجيه يمين التهمة ، ولا كون الدعوى مما لا تكذبها العـادة ، كالدعـوى في مسألة الحيازة المعتبرة ، فان فيها اليمين . ومن الشروط ما يشترط في الاطلاع على صحة الدعوى وهـو بيـان السبب الذي ترتب من أجله الحق ، بأن يقول من بيع مثلا ويكتفي بذلك لانه محمول على الصحة ، فان لم يبين ذلك فان القاضي يسأله عنه ، فان لم يسأله القاضي فللمدعى عليه السؤال عن ذلك ، فان أبى أن يبينه لم يلزم المطلوب بالجواب . واذا كان المدعي يطلب حقا لميت صار اليه كله أو بعضه بالارث فلا يلزم المدعى عليه بجواب الا بعد اثبات المدعي موت موروثه وعدة ورثته وعدم علم غيرهم وانتقال الميراث اليه المعبر عنه بتناسخ الوراثات ؛ وان كان المدعي ابن عم للميت وتعدد العصبة زيد بيان القعدد أي مجتمعه[1] مع الميت في عمود نسبه ولو كان المدعى عليه هو الميت لم يلزم وارثه بالجواب أيضاً حتى يثبت هذه الامور . نعم لو أقر الوارث الرشيد ولم يكن ثم غيره لم يحتج لاثبات كما في التبصرة . وقد يعرض ما يمنع من سماع الدعوى وهي صحيحة كالدعوى بعد الابراء العام . فلا تسمع دعوى من ابرأ خصمه مما له قبله أو من كل حق أو اطلق سواء ادعى عليه بحق مالي أو غيره ولو لم يكن علم به وان ببينة علم تقدمهـا على الابراء أو جهل الحال الا ببينة أنه بعده . ويستثنى من ذلك ما

اذا كان الابراء العام في صلب عقد الخلع فان عمومه انما يرجع الى أحكام الخلع خاصة على ما به العمل

المقال والجواب

اذا تقيدت الدعوى سميت مقالا . ويجب ذلك في حال تشعب الدعوى بكثرة فصولها وتفرقها ، وفيما اذا عظم الحق المطلوب ، ثم حال المطلوب عند توجه الدعوى عليه لا يخلو اما أن يكون اقراراً او انكاراً او امتناعا ، فاذا أقر فان القاضى يمضي عليه الحكم ، ثم اذا طلب المدعي من القاضى أن يشهد له ما أقر له به لئلا ينكره بعد ذلك فان القاضى يأمر الشهود بذلك ، بل ولو لم يطلب منه لما فيه من تحصين الحق وقطع الشغب . واذا أنكر طالب القاضى المدعي بالبينة ، فاذا جاء بها أعذر فيها للمطلوب ، ولا يحكم عليه قبله . وان عجز عنها أمر القاضى المدعى عليه باليمين ان كان رشيدا وكانت الدعوى مما تثبت بالشاهد واليمين كالمال وما يؤول اليه . واذا امتنع المطلوب من الجواب بالاقرار أو الانكار ، بأن سكت أو قال : لا أقر ولا أنكر ، أو قال : لا أجيبك حتى تقيم بينتك ، أو قال : لا أجيبك حتى تبين لي هل ما تدعيه علي برسم او بغير رسم ، أو قال : أمهلني حتى اوكل ، أوقال: لاأدري، فان القاضي يجبره على الجواب في الفروع

انستة بالسجن والتأديب . فان أبى حكم للطالب بدون يمين منه فى القول الصحيح الا اذا لم يظهر اللدد فى الفرع الخامس فانه يمهل حتى يوكل ، والا اذا حلف فى الفرع الاخير فان المدعي يؤمر باثبات ما ادعى بالبينة ، فان أثبته والا فلا شيء له . واعلم أن مضمن الاقرار كصريحه اذا تعلق بأصل او دين وما فى معناه كوديعة (١). فان قال المطلوب ما ملكت هذه الدار التي تدعي بها علي قط ، أو ما عاملتنى بدين قط ، أو ما أودعتني شيئا اصلا ، فأثبت المدعي ملكية الدار أو المعاملة أو الوديعة ، فأثبت المطلوب أنه اشتراها من الطالب أو أنه قضاه الدين أو رد الوديعة أو تلفها لم تقبل بينته ، لان انكاره السابق يتضمن الاقرار بكذبها ، ومن أكذب حجة لا ينتفع بها . ويستثنى من هـذه القـاعدة الحدود لطلب درئهـا بالشبهات والعتق . فمن أقر أن أباه أعتق عبدا وخالفه غيره من الورثة ، فان مضمن اقراره أن نصيبه من العبد حر ، ولكنه لا يلزمه فيه عتق ولا يقوم عليه لانه اقرار على الغير . ثم هذه الفروع مقيدة بمن يعرف ما يترتب على الانكار أما من يجهله فلا يضره انكاره .

---

(١) اختلف فى الوديعة هل هي كالدين أم لا على أقوال ثلاثة ، والظاهر عدم الفرق بدليل التسوية بينهما فى اعتبار القيد ، وهو العلم بما يترتب على الانكار . وقد مال الدسوقي الى التسوية بين هذه المسائل ، وأشار بناني الى أن نقل الحطاب يقتضي التسوية ايضا . ولهذا لم نعرج على الخلاف الذي حكاه الناظم فيهما .

حصر الدعوى

اذا كان لشخص على آخر حقوق متعددة فقال ، له المطلوب لا اجيبــك حتى تجمع مقــالاتك ، فان كانت الدعاوي متعلقة بالميراث لم يلزمه ذلك ، لان الميراث لا يحاط به ؛ وان لم تتعلق بالميراث لزمه على المعمول به . وهذا هو المعبر عنه بحصر الدعوى .

الآجال

اذا حكم القاضي على المدعى عليه بدفع الحق لصاحبه فسأل التأخير أياما ليأتيه به ، فان القاضى يجيبه لذلك بعد اعطائه ضامنا بالمال وكذلك يؤجل المدعى عليه بضامن المــال اذا أراد الدفع فى البينة القائمة عليه ، بتجريح شهودها مثلا أو باثبات براءته منها . واذا زعم المدعي أن له بينة غائبة تثبت دعواه ، فان القاضى يؤجله أيضا . ثــم اذا كانت الغيبة قريبة يكلف المدعى عليه بضامن الوجه ، فان عجز عنه حلف المدعي أنه صادق فى دعوى البينة ، وسجن القاضى المدعى عليه الى تمام الاجل المضروب . فان ثبت الحق والا حلف وأطلقه . وان كانت الغيبة بعيدة فان المدعى عليه يحلف وفق انكاره ويكون المدعي على حقه اذا حضرت بينته . ولكن انما يحلف المدعى

عليه بعد تسمية شهود بينته ، فان أبى تسميتهم فلا يمين عليه . وكذا يؤجل القاضى المدعي اذا أقام شاهدا بحق وكان يرجو شاهدا آخر غائباً قريب الغيبة يكمل به النصاب لكون دعواه لا تثبت الا بشاهدين مثلا وذلك بعد اعطائه ضامنا بالوجه . واعلم أن الآجل فى هذه المسائل كلها غير محدودة بمدة معينة ، بل هي موكولة الى اجتهاد الحاكم ، ولكن عليه أن يتبع فى ذلك ما جرى به العرف وعمله قضاة العدل ، وهي مسائل منها حل الرسوم بالابراء منها أو التناقض فيها ، أو الاضطراب أو تجريح الشهود أو غير ذلك يؤجل فيه بثلاثين يوما . ومنها اثبات الاصول والوراثات شهر كذلك ان كانت البينة حاضرة فى البلد والا فيزاد الى ثلاثة اشهر . ومنها اثبات ما عدا الاصول كدابة وثوب يؤجل فيه بأحد وعشرين يوما . ومنها اثبات الدين يؤجل فيه بثلاثة أيام ونحوها . ومنها نقد الثمن فى الاخذ بالشفعة ثلاثة أيام كذلك على المشهور . ومنها اخلاء الدار اذا انتهت مدة الكراء وطلبها صاحبها يؤجل فيه بثلاثة . ومنها اثبات العدم يؤجل فيه ثلاثة أيام بعد الاتيان بضامن الوجه ، فان أثبته والا سجن بقدر المال قلة وكثرة وبحسب حال الغريم قوة وضعفا . ثم يسرح بعد انقضاء مدة السجن . ومنها التلوم وهو الاجل الاخير وقدره ثلاثة أيام . ومنه يعرف أن للحاكم أن يجمع الاجل وأن

يفرقه ، فالعمل فى ذلك واسع ، ويختار التفريق رجاء إتمام القضية فى الاجل الاول .

كيفية العمل فى الحكم

اذا سمع القاضي الدعوى وكان فى كلام المدعي أو المدعى عليه اجمال : كلي عليك حق او نقص ، كلي عليك عشرة أو ابهام كدراهم أو دنانير وفى البلد سكك مختلفة او اشكال كضمير لا يدري مرجعه . فلا يكتفي فى سماع الدعوى واعتبار صحتها بظاهر الحال وما يفهمه بفراسته بل لابد من بيان المجمل كماهية الحق واتمام النقص ، فيقول من بيع مثلا وتفسير الابهام ، فيبين جنس السكة وتوضيح الاشكال كمرجع الضمير وهكذا . ثم اذا كانت الدعوى متشعبة صعبة الفهم أمر بتقييدها ، فان ذلك أقرب الى الضبط والتحرير . وبعد تأمله فيها وحصول الفهم له ينظر لأي باب ترجع من أبواب الفقه . فان وجد نصها والا سأل عنها العلماء ثم حكم حكما مسمطا . وهذا التقييد الذي يفعله القاضى هو غير تقييد المقال ، لان تقييد المقال يكون بين الخصمين ، وهذا انما يفعله القاضى لنفسه فيما صعب عليه فهمه . وينبغي أن يؤرخ ما يصدر عنه من حكم او تسجيل ، وهو كل ما أشهد به على نفسه أياً كان . وهذا مما جرى به العمل .

العمل عند تعارض البينات

اذا اعذر القاضي للمدعى عليه فأتى ببينة ، نظر : فان أمكن الجمع بين كل من بينته وبينة المدعي عمل عليهما . قال فى المدونة : « ومن قال لرجل أسلمت اليك هذا الثوب فى مائة اردب حنطة ، وقـــال الالآخر بل هذين الثوبين لثوبين سواه فى مائة اردب ، وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب فى مائتي اردب » . وان لم يمكن الجمع بأن تعارضتا رجع للترجيح بينهما ، فان تعذر سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه ويحلف . وان كان بيـــد غير المتداعيين فهو لمن يقر له بـــه الحائز . والترجيح يكون بأشياء : منها سبب الملك كنسج بيده ، أو نتاج عنده . فترجح البينة التى بينت السبب على التى شهدت بالملك بلا بيان سببه ، الا أن يكون الملك من المغانم خاصة فلا ترجيح بالسبب حينئذ لعدم منعه . ومنها الملك تقدم بينته على الحوز لأنه يكون بملك وبغيره . ومنها زيادة العدالة ، فاذا كانت احداهما أعدل قدمت . ومنها النقل يرجح على الاستصحاب : كدار مات عنها وادعى ولده أنها لم تخرج عن ملك أبيه وأقام بينة بذلك ، وأقامت الزوجة بينة أنه أعطاها لهـــا فى صداقها ، فتقدم بينتها لأنهـــا ناقلـــة . ومنها الاثبات يقدم على النفي . ومنهـــا الاصالة تقدم على خلافها : كبينة الحرية مع بينة الرقية

ومنها الشاهدان يقدمان على الشاهد واليمين . ومنها التاريخ فتقدم البينة المؤرخة على التي لم تؤرخ · ومنها قدم التاريخ : فاذا ورختا معاً رجحت الاقدم تاريخا . ومنها التفصيل : فتقدم المفصلة على المجملة كبعض الأمثلة السابقة . واعلم أن الترجيح لا يكون الا فى المال وما يؤول اليه على الراجح فتلغى جميع المرجحات فيما عدا ذلك . واقتصر الناظم على الغاء زيادة العدالة ، والصواب التعميم .

التعجيز

اذا أجل القاضي الطالب أو المطلوب وعجز عن الاتيان بما ينفعه ، فانه يحكم عليه ، ويعجزه فيبطل ما يأتي به من الحجج بعد ذلك فى جميع الحقوق الا فى هذه المسائل الخمس : الطلاق تدعيه المرأة على زوجها وينكر فتؤجل لاثباته فتعجز فيحكم عليها بالبقاء تحته ثم تأتي بالبينة فتسمع منها . والعتاق يدعيه العبد كذلك . والدم يدعي القاتل عفو الولي عنه ويعجز عن اثباته فيحكم عليه بالقتل فيجد البينة فلا يقتل . والحبس العام كدار على الفقراء فلا يعجز مدعيه ومتى وجد البينة قام بها . والنسب يعجز عن اثباته ويحكم بنفيه ثم يجيء بالبينة فتسمع منه. وزاد بعضهم الطريق العامة. وضابط هذه

المسائل كل حق ليس للمدعي اسقاطه بعد ثبوته . ومن هنا يفهم أن الذي لا يعجز فى هذه المسائل هو الطالب ، وأما المطلوب فيعجز الا فى الدم فالبعكس . واختلف فى الوصي يثبت الحق على محجوره ولا يجد مدفعا : هل يعجز كما يعجز الرشيد فى حق نفسه أو لا يعجز لان الحق لغيره ، ومن الجائز أن يقوم المحجور بحجته على قولين : وحمل عدم التعجيز على ما لم يل الوصي فيه معاملة كالشركة . واعلم أن التعجيز هو حق للحاكم والمحكوم له لما فيه من قطع الشغب وتحصين الحق ، وهو أمر زائد على الحكم وليس عينه . ويكتب فى عقد السجلات ، ولا بأس أن يفرد برسم مستقل . فاذا ترك لم تسقط الدعوى ، وقبلت الحجة التي يؤتي بها بعد الحكم ان كان لها وجه .

الصلح

يجب على القاضي أن يأمر بالصلح اذا حصل له الشك فى فهم الدعوى ولم يجد من يسأله عنها أو خاف تفاقم الامر وتعاظمه بأدائه الى فتنة او هرج ، ويندب له ذلك اذا كانت الدعوى بين أهل العلم والدين وبين الأقارب وذوي الأرحام . قال عمر رضي الله عنه : «رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث الضغائن» . اللخمي : « وهذا بين الأقارب حسن ،

وان تبين الحق لأحدهما أو لهما » . ومنه تعلم أنه يدعو للصلح مع ظهور وجه الحكم وهو المعمول به كما قاله أبو علي . نعم لا يجبرهما عليه ان أبياه . واعلم أنه لا يصح الصلح على وجه محرم او مكروه ، فان وقع فسخ الحرام اتفاقا وامضى المكروه على ما جرى به العمل .

الحكم على الغائب والمتغيب

يحكم القاضي على الغائب غيبة قريبة ومتوسطة وبعيدة . فأما قريب الغيبة وهو من كان على مسيرة اليومين او الثلاثة ، فبعد الكتابة والاعذار اليه في كل حق فاما وكل واما قدم ، فان لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع عليه ماله من أصل وغيره . وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعتق وغير ذلك ، ولم ترج له حجة في ذلك ، ولكن انما يحكم عليه بعد اثبات الموجبات كالدين والزوجية والغيبة وقدرها . وأما متوسط الغيبة وهو من كان على مسيرة عشرة أيام وشبهها أو كان قريبا ولكن الطريق غير مأمون فانه يحكم عليه فيما عدا استحقاق الاصول من الديون والحيوان والعروض وترجى له الحجة بعد ذلك ، والحكم هنا بعد اثبات الموجبات أيضا كالأول وحلف المدعي يمين القضاء وانما استثنينا الأصول لأنها في الغيبة المتوسطة

يعطي حكم القريبة . وأما بعيد الغيبة ، كمن على شهرين ونحوها ، فيحكم عليه بعد اثبات الموجبات ويمين المدعي أيضا في كـل شيء من الديـون والحيـوان والعروض والأصول وترجى له الحجة في ذلك . فاذا وقع الحكم وكان لهذا الغائب متاع ، فان القاضي يقدم من يبيعه ويقضي ما لزم الغائب وياخذ هو أيضا اجرته من ذلك المـال . ويحكم أيضاً على المتغيب وهو قسمان : مختف فى بيتـه ومتغيب لم يدر أين هو . فالأول اما أن يرسل له عدلين مع رسول ثقة ينادي على بابه بمحضرهما ثلاثة أيام كل يوم ثلاث مرات : « يا فلان ، القاضي فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان وان لم تحضر أقام لك وكيلا يقابل خصمك ويمضي الحكم عليك » . واما أن يرسل مع العدلين أعوانا ونساء فيدخل النساء ابتداء ويعزلن نساء المطلوب ناحية ، ثم يدخل الأعوان والعدلان بغتة باحثين عنه ، والثاني يختم على باب داره ان كان يسكنها وحده بطابع أو يسمرها ان كان ذلك لا يعيبها بعد اخراج ما فيها من انسان وحيوان وذلك ليضطره الى الحضور ، فان لم يحضر حكم عليه ، وعجزه ان كان تغيب بعد استيفاء حجته فرارا من الحكم عليه والا بقي على حجته . وهكذا المختفي بعد التلوم له .

نظر القاضي للغائب

ينظر القاضي للغائب بما كان من حفظ ماله وصون أمتعته ورد الايدي العادية عنها ، وقبض ما وجب له من حق على غيره كدين وارث ويوكل به من يرضاه من ورثته أو غيرهم ، وهكذا اذا كان مفقودا او محجورا ولا أب له ولا وصي ، أو غاب عنه وأهمله فهو لضعفه كالغائب . وأما غير المفقود والمحجور فلا يقبض من حقه الا ما كان دينا . والغريم يطلب براءة ذمته منه أو قيمة تعد على بعض أمتعته أو ثمن شقص أخذ من يده بالشفعة أو ما فضل عن ثمن عرض باعه قبل مغيبه أو بيع عليه فرده مشتريه بعيب فباعه القاضي ثانيا ، فان فضل عن ثمن المشتري القائم بالعيب شيء قبضه له القاضي . ولا كذلك ما فضل عن الثمن من قيمة المبيع بيعا فاسدا او قد فات ، فحكم بقيمته وكانت أكثر من الثمن ، فان القاضي يقاصص المشتري من القيمة بقدر الثمن ويبقى الفاضل عنده فيرده على البائع متى لقيه . والفرق انه فى العيب اذا رد يبيع ويقضي المشتري ثمنه وتبقى الفضلة النظر فيها له ، وفى الفساد اذا فات يحكم على المشتري بالقيمة ، فان كان فيها فضل فهي كدين الغائب الذي لا يقبضه القاضى ، وكما لا يقبض الفضل لا يقبض القيمة فى صورة ما اذا لم يقبض الغائب الثمن .

ما لا يحكم فيه الا القضاة

الرشد والسفه والوصية والحبس المعقب وأمر الغائب والنسب والولاء والحد والقصاص ومال اليتيم والطلاق واللعان والعتق ، هذه الأمور لا يحكم فيها الا القضاة لما يتعلق بها من حق الله او حق من ليس بموجود ، فان حكم فيها غيرهم أدب ومضى الحكم ان كان صوابا .

متى ينقض حكم القاضي

ينقض حكم القاضي اذا كان جائراً مطلقاً أو غير جائر ، ولكنه جاهل لا يشاور العلماء. أما الجاهل المشاور فينظر فى حكمه : فما كان منه صحيحا امضي ، وما لا فلا . واذا كان القاضي عدلا عالما لم تتعقب أحكامه أصلا الا أن يرفع احد قضيته ويذكر أنه حكم فيها بغير صواب ، فتنظر تلك القضية وينقض حكمه ان خالف نصاً قاطعاً أو اجماعاً أو قياساً جلياً أو قواعد مذهبية .

جامع القضاء

لا يجوز للقاضي المقلد أن يحكم الا بالمشهور أو الراجح أو ما به العمل . وكذلك اذا كانت له القدرة على الترجيح واشترط عليه الامام فى ولايته أن لا يحكم الا

بالمشهور من مذهب مالك أو ما به العمل كما عندنا اليوم فاذا حكم بغير المشهور أو المعمول به فانه يعزل . وعليه أن يشاور العلماء ولــو كان مجتهدا او أمثل مقلد ، لان المشورة دأب الصحابــة وأمر بهــا النبي صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى : « وشاورهم في الأمر » . وأن يسوي بين الخصمين ولو مسلماً مع ذمي أو مسلماً مــع الأمير الذي ولاه . والمساواة فى المجلس والكلام والنظر . والطلاقة لوجهه وضدها . ولا يحكم لأحد الخصمين وان أتــاه وقد فقئت عينه حتى يأتي الآخر فلعله قــد فقئت عيناه . ولا يفتي فى حكمه هو ويفتي فى حكم غــيره كما يفتي في العبادات . وينبغي أن يكون ذا تأن في الأمور ولا يعجل ، فان التأنى من الرحمن والعجلة من الشيطان وأن يحضر الشهود معه في مجلس حكمه ليحفظوا إقرار الخصوم خوف رجوع بعضهم . واذا حضر لديه شاهد فحصل لــه خوف فليعرض عنــه حتى يستأنس ويزول خوفه له ، فاذا طال به ذلك هون عليه قائلا : ليس معي سوط ولا بأس عليك ، أد ما علمت ودع ما لم تعلم . كما كان ذلك حال القاضي سحنون رحمه الله ، وكان بنى بيتا فى الجامع لنفسه اذا رأى كثرة الناس وكلامهم يأتي اليه خصمان لا غير مع من يشهد عليهما في دعواهما ، وسائر الناس بمنأى عنه لا يراهم ولا يسمع لغطهم . وكان يكتب للناس أسماءهم فى رقاع تجعل بين يديه ويدعوهم

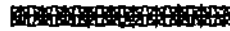
واحداً بعد واحد . وينبغي له أن يحدث لأهــل المعاصي قضاء يليق بهم على شرط أن يكون لما يحدثه أصل في الشرع عملا بقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » ومن ذلك ما نقل عن سحنون أن رجلا حلف بالطلاق في مجلسه فأمر بصفعه فصفع على قفاه . ونقل عنه أنه كان لا يقبل الضامن من المدين حتى يثبت عدمه بل يسجنه فيثبته وهو فى السجن ، مع أن الذي فى المدونة : « يحبس أو يأتي بحميل » . وكان لا يقبل الوكيل من المدعى عليه الا بعذر ، ويقبله من الطالب مطلقا ، فقيل له فى ذلك ، فقال : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . وفي العتبية من سماع ابن القاسم قال مالك : « وقد كان قاض فى زمن ابان بن عثمان ، وأنه رفع اليه كتب ، أي رسوم تقادم عهدها والتبس الشأن فيهــا ، فأخذها وحرقهــا بالنــار . فقيل لمالــك أيحسن هذا ، فقــال نعم ، انــي لأراه حسنا ، هــذه امور لا أدري ما هي » . ونقــل ابن العطار عن بعضهم : أنه اذا وقع نزاع بين خصمين فى شيء وخيف فى ابقائه عند الحائز أن يثــور بينهما شر فللقاضى أن ينزعه منه ويؤمن عليه من يراه . وعن ابن عرفة : « شاهدت ابن عبد السلام حكم على رجل ألا يقبض ميراث ولد له صغير ، فكلمته فى ذلك فقال : انه فقير » . وعنه أيضا : « يدعى من عرف بالفساد الى الحاكم دون

القاضى وان أدى الى غرم المــال عنده ، لان ما بيده من أموال الناس والتباعات لا ملك له فيه ، فبيت المال أولى به منه ، لان فساده لا يكفه الا الحاكم مــن باب مــا لا يتوصل للواجب الا بــه » . وعن ابن وضـــاح : « قلت لسحنون : ان ابن عاصم (١) عندنا يحلف الناس بالطلاق ويغلظ عليهم به . فقال لي ومن أين أخذ ذلك ؟ قلت : من الأثر المروي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . فقال : مثل ابن عاصم يتأول هذا ». فهذه المسائل كلها من الجزئيات المندرجة فى تلك القاعدة ، وغيرها كثــيرة ، فليقس عليها . واعلم أن القضاء صناعة كالفتوى يقتضي التصرف فى القواعد ، ولذلك يقال انه قد لا يحسنه الفقيه ويحسنه من لا باع له فى الفقه . وقال ابن عرفة رحمه الله : « فقها القضاء والفتوى مبنيان على اعمال النظر فى الصور الجزئية وادراك ما اشتملت عليه من الاوصاف الكائنة فيها ، فيلغى طرديها ويعمل معتبرها ». فاذا نزلت به نازلــة واحدة مشتملة على أبواب من الفقــه كالضمان والبيع والاجارة والوديعة والرهن فليتأمل فيها ، وليلغ الوصف الطردى ويحــوز النازلة لباب واحد . وكمــا لا يجوز الحكم بغير المشهور أو ما به العمل لا تجوز الفتوى

---

(1) ينبغي أن يعلم ان ابن عاصم هذا قديم وليس هو صاحب التحفة

بنصوص المختصرات الا لمن يعرف ما للائمة عليهـا من تقييد او اطلاق . ثم لا بد من معرفة عرف البلد ، وهو عمل الناس الذي سلمه علماؤهم لموافقته الشرع ، وعليـه المعول في الفتوى والقضاء ، اذ يبـين اللفظ المجمل في الوثيقة او لفظ الشاهد او أحد المتداعيين ، ويخصص العام ويفسر المبهم ويقيد المطلق، ويكون كالشاهد لمن وافقه بدعواه فيحكم بأن القول قوله ، ويحلف ليستحق ، لكن العرف يقع صحيحا أي موافقاً للشرع وفاسداً أي مخالفاً له ومترددا بينهما ، فيحكم بالصحيح ويلغى الفاسد ، ويعتبر في المتردد الوصف الغالب . فالأمور التي تقـع صحيحة دائما او غالبا : كثيرة كالانكحة والبيوع ، والتي تقع فاسدة دائما كالجعل والمزارعة والمغارسة ، والتي تقع فاسدة غالبا كالرهن والثنيا والقراض والشركة ، على ما سيأتي فيها جميعا .



بـــاب فى الشهادة

شروط قبول الشهادة

يشترط فى قبول الشهادة أن يكون الشاهد معروفا عند القاضى اسماً وعيناً وعدالة معرفة أصلية ، أو بعد نعريف معرف ، وأن تكون على شخص معروف لمثله فى شيء معروف ، اما بالاداء على عينه أو بالحيازة ان كان ربعا حيوانا أو بالعقد ان كان دينا . فان جهل القاضى شيئا من ذلك لم يحكم بها . وقد جرى العمل بالشهادة على خط الميت والغائب فى كل شيء مالا وغيره . فيشترط فيها معرفة الخط معرفة تامة كمعرفتك المشيء المعين من ثوب او عبد او دابة مثلا ، والا فــلا تقبل . واذا كانت الشهادة بالملك فلا بد فيها زيادة على ما تقدم من خمسة امور: كون الشيء بيد المشهود لهوينسبه لنفسه، وطول حيازته له كعشرة أشهر فأكثر ، وتصرفه بالاستغلال وغيره مع عدم منازع له في ذلك ، وعدم التفويت بأن تقول ولم يخرج عن ملكه في علمنــا ، وبالتصريح بهــا جميعا فى الوثيقة جرى العمل وان كان الاخير شرط كمال فقط فى الحي لامكانــه الدفع بيمينه . وأمــد الحيازة

المذكور هو فيما جهل أصله . اما ما علم أصله لغير الحائز فلا بد فيه من عشر سنين ، ثم هو فيما يمكن فيه ذلك . اما ما كان كالبيض وأكداس الخضر بالسوق والصيد والحوت في السفينة فلا يشترط فيه مدة أصلا ، واعلم أن من كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها ، ويلزمه اذا دعي أن يؤديها ، وان لم يدع فهو على وجهين : اما أن يكون حقا لله ، او حقا للآدمي . فالاول ان لم يستدم فيه التحريم كالزنى والشرب وشبهه فلا يضره ترك اخباره بالشهادة لأن ذلك ستر عليه ، وان استديم فيه التحريم كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتمليك الأحباس والقناطر وشبهه فيلزمه أن يخبر بشهادته عاجلا، فان ترك لغير عذر سقطت ، لأن سكوته حينئذ جرحه . والثاني انما يؤدي فيه بعد الطلب، فان أدى قبله سقطت لحرصه عليها، ولا يأخذ اجرة على الاداء مطلقا، لأن ذلك جرحة تسقط بها شهادته الا أن يكون عاجزاً فلا بأس أن يطلب دابة يركبها . كما أنه اذا كان القاضي على مسافة القصر فلا بأس أن يأخذ نفقته ونفقة عيالة وكما تسقط الشهادة بما ذكر تسقط بأخذ الرشوة لابطال حق او احقاق باطل ، وآخذها ملعون كما في الحديث . وأخذ العطاء من العمال الذين جعلت لهم جباية الاموال دون صرفها ، وتكرار الاكل عندهم بخلاف من لهم التصرف التام كالامراء فلا يقدح الاخذ منهم والاكل

عندهم في الشهادة ، وكـذا تسقط الشهادة بالحلف بالطلاق والعتاق ، لان ذلك من ايمان الفساق ، وبمطل الغني لانه ظلم كما فى الحديث ، وبتلقين الخصوم الحجج من غير حق ، وبالتردد على القاضي ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة لان فيه اظهار منزلته عنده فيكون ذريعة لاكل أموال الناس ، وبغير ذلك فليحذر الشاهد ولاسيما المنتصب لها مما ذكر وشبهه . وليحافظ على ناموس الخطة وشرفها .

ما يثبت بالشهادة

يثبت بالشهادة ما تعلق به الاشهاد من تعمير ذمة او عقد بيع او نكاح او وكالة او نحو ذلك مما هو مقصود بالذات دون ما يذكر فيها من خبر كقول الشاهد : كان على ملك فلان ، أو حكاية كقوله فى موت وعدة ورثة : توفي فلان فورثه فلان وفلان لا غير ، أو وصف للمبيع كقوله : الدار التي ورثها من فلان . الا أن يضمن ذلك فى الشهادة كأن يقال : فى علم شهيديه ويشهدان بـه فيثبت حينئذ . وكذا ما سيق للتقييد كعبد الله بن عمر لاخراج ابن عباس : وكاشترى فلان من فلان . وهمـا بحل طوع وجواز لاخراج الاكراه والحجر ، فانه لا يكون ثابتا الا اذا قصد بالاخبار : والعلة التحفظ في الشهادة

حتى لا يعمل بها الا فيما تتعلق به قصداً مما هو وصف الاشهاد لا غير ومما يثبت بالشهادة ، لكنه غير الامر المشهود فيه العقلة وهي منع من بيده الشيء من التصرف فيه فى الجملة . وتحق بمجرد الدعوى الا فى الاصول فلا بد من قوة التهمة : كشهادة عدل أو اثنين يزكيان . وهي تختلف : فعقلة الامة بوضعها عند امينة ، وعقلة الارض بمنع الحرث ، وعقلة الدار باخلائها ان كانت للسكنى ، وبعقلة الكراء كله ان كانت للكراء ولو كان النزاع في حصة منه فقط على المعمول بـه واذا كـان الشيء المدعى فيـه مما يخشى فساده بالعقلـة كلحـم ورطب فاكهة فمع الشاهدين ولو غير عدلين يباع ويعقل ثمنه ، ومع العدل الواحد يحلف المطلوب ويبقى بيده ، ولا بد من ضرب الاجل للمدعي لاثبات دعواه دفعاً للضرر عن المدعى عليه بمنعه من التصرف فى شيئه زمانا غير محدود . فـاذا اجل ولم يأت بشيء زالت العقلة ورجع الشيء لربـه . فان طلب الذهاب بـه الى محل ليثبته بالشهادة على عينه أجيب لذلك بشرط أن يضع قيمته كما يضعها من استحق منه شيء بالبينة القطعية وطلب الذهاب به الى بلد من باعه له المرجوع عليه بثمنه ، فان رجع به عند انتهـاء الاجل فـذاك ، والا استحقت عليـه القيمة . وان رجع به ناقصا فى بدنه نقصا مفيتا للمقصود ثبت عليه الخيار باستحقاقه منه او استحقاق قيمته .

وكذلك ان مات تكون مصيبته منه . وعلى كل حال لا يمكن الذهاب به الا مع أمن الطريق على ما به العمل .

شهادة اللفيف

اذا لـم يكن في البلد عدول ، أو اتفق في بعض النوازل وقوعها دون حضور عدول ، وانما حضرها عامة الناس فانـه يكتفي بالامثل فالامثل منهم ، ويستكثر بحسب خطر الحقوق ، وهذه هي شهادة اللفيف . والغالب أن يكونوا اثني عشر رجلا الا في الترشيد والتسفيه فـلا بد من ستة عشر الى عشرين ، لان الشأن فيهمـا الاستكثار من الشهود وعدم الاكتفاء بالعدلين .

الاستفسار

يستفسر الشهود عدولا أو لفيفاً اذا كان في الرسم اجمال واحتمال بسؤالهم عن شهادتهم التي أدوها عند القاضي كيف أدوها . فان أتوا بها نصا او معنى صحت ، والا بطلت ، ويستفسر اللفيف فقط ولـو لم يكـن في الرسم شيء من ذلك اذا طلبه الخصم لان استفسارهم قائم مقام التزكية ، وكل ما أتى به الشاهد تخصيصا او تعميما او تفسير اجمال او تقييد اطلاق فمقبول منه . ولا يستفسر الشهود اذا كانوا من أهل العلم بما تصح به الشهادة وما لا ، وكذا لا يستفسر اللفيف اذا كان فيهم

ذوو مروءة يزكون ، لانه يرجع حينئذ الى الاصل الذي هو الشهادة العدلية والاستفسار من حق القاضى . ولا يختص ببعض الشهادات دون بعض ، بل المدار على وجود شرطه ويسقط بمضي ستة أشهر .

اعادة الشهادة

اذا أدى الشاهد شهادته عند القاضي أو كتب بها رسماً وحازه ربه ثم زعم بعد ذلك ضياعه وطلب من الشاهد اعادة الاداء او الكتاب فانه لا يجيبه لذلك ، لانه يخاف أن يكون قد اقتضى ماله فيتكرر الحق على المطلوب ، وهذا اذا لم يحضر المطلوب فلم يعلم ما عنده فأحرى ان حضر وادعى الاداء ، فان جهل الشاهد وأعاد مضت ويقيم المطلوب حينئذ البينة على براءته .

أخذ نسخ الرسوم

ينتسخ الخصم رسم خصمه الذي تضمن الشهادة عليه بشيء مطلقا ، ثم اذا كان مراده الاستفتاء او التأمل فيه فلا داعي لذكر أسماء شهوده في نسخته وان كان العمل اليوم على ذكرها ، وان كان مراده أخذ النسخة بما له من الحق فيها كالوكالة والايصاء والحضانة فلا بد من تسمية الشهود والتسجيل على القاضي لتتم له الحجة في تمسكه بها لانها قامت مقام الاصل .

فصل فى التوثيق

مأمورية الموثق

التوثيق مصدر وثق الشيء اذا احكم ربطه فمأمورية الموثق احكام ربط العقد حتى لا يجد الناقد فيه مدخلا للحل ، ولذا يجب أن يكون عالما عارفا بوجوه الكتابة وفقه الوثيقة عدلا غير متهم في دينه كما قال الامام مالك رحمه الله : « لا يكتب الوثائق بين الناس الا عارف بها عدل مأمون في نفسه على ما يكتبه » ، لقوله تعالى : « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » فاذا كتب وثيقة فعليه أن يجود لفظها وخطها ما استطاع لتقرأ بسهولة ، وليجتنب الالفاظ المجملة والمحتمالة ، لان ذلك يؤدي الى ضياع الحقوق ، ولا يختصر الكلام ، بل يستوفي فصول الشهادة بجميع معانيها وقيودها كما علم وحقق غير معول على ظن أو شك لقوله تعالى : « وما شهدنا الا بما علمنا » ولما ورد : « على مثل الشمس فاشهد والا فدع » . فان شهد على من لا يعرفه بعينه واسمه فانه يعتمد على معرف عاقل لم يسق للتعريف وانما حضر اتفاقا والا فليعتمد على صفته وحليته ، وينبغي له أن

يبادر بالكتابة عند التحمل لئلا يعرض عارض من موت أو مرض أو غيبة أو نسيان فيضيع الحـق وقد التزم بشهادته . واذا اختلط له الرسم مع الرسوم الكثيرة وكان قد أخذ أجرته فلا يطلب أجرة جديدة لاجل البحث عنه بل يكتفي بما كان أخذه أولا حيث جرى العمل بذلك . وليتنبه لما يؤمر بكتبه فى رسم الشهادة مما تتوقف عليه الشهادة : كصداق اليتيمة المهملة يكتب مـع السبب من اليتم والبلوغ والاهمال ، وغير ذلك مما سيأتي . وكصداق ذات الوصي أو المقدم يكتب مع رسم الايصاء أو التقديم وذلك لاثبات انتقال عقدة النكاح لغير من هي بيده وهو الاب ، ولذلك اذا حضر الاب وكان معروفا لا يحتاج لشيء من ذلك . وكالطلاق يكتب مع الصداق لئلا يمكن اخفاؤه والاستظهار بالصداق فقط . وكبيع الدار مثلا يكتب مع الاصول المثبتة للملك ، وكالعيب فيها يكتب مع البيع ، الا أن هذا جرى العمل بتضمينه فى نفس وثيقة البيع . كما يتنبه لما ينهى عن كتبه من كل شرط اختلف فى لزومه وأحرى ما لا يلزم اتفاقـا ، فلا يكتب بيع الرقيق الا على البراءة من العيب لان ذلك أقطع للنزاع وهذا اذا كان المتبايعان يجهلان ذلك والا فلا بد من بيان عينه ومقداره والبراءة معمول عليها فيما عدا الحمل والجنون والجذام والبرص كما سيأتي . ولا يكتب الطوع بعدم القيام بالعيب في المبيع مطلقـاً ان

كان شرطا فى العقد لانه لا يلزم ، ويكتبه ان كان بعده . ولا يكتب شرط رب الدين على المدين أنه لا يدعي العدم ، وان ادعاه لا يقبل منه للخلاف فيه ولا شرطه عليه ، انه مصدق فى نفي القضاء بلا يمين ، لانه هدية مديان وهي حرام . وشرط المرأة على زوجها أنها مصدقة فى دعوى الضرر بلا يمين ، لانه ذريعة لان تطلق نفسها متى شاءت بدعوى الضرر ، لاسيما والنساء ناقصات عقل ودين ، فاذا شرطت التصديق مع يمينها فليكتبه لانهن يتحرجن من اليمين غالبا ، ونظائر ذلك كثيرة ، فى هذا المختصر جملة منها . ومما لا يكتبه الموثق الاستحفاظ ويسمى ايداع الشهادة ، وهو أن يأتي شخص للشهود ويشهدهم أن كل ما يعقده على نفسه من صلح او عتق او بيع او نحوه فى المستقبل مع فلان فهو غير ملتزم له ، وانما يفعله تقية وخوفا منه ، وهو ينفع فى التبرعات مطلقا ، وأما فى المعاوضات فلا بد من ثبوت التقية والقيام بعد زوالها بالفور ، وانما نهي عن كتابته لما يلحق الشاهد فيه من الضرر لانه فى الغالب انما يكون على أهل الظلم . وليتخذ الموثق كناشاً يقيد فيه الطلاق الثلاث والطلقة الثالثة والتحريم المؤبد ، كما لو فرق بينهما لاجل رضاع او نكاح في العدة ودخل بها وغير ذلك من الامور المهمة كوفيات الاعيان وتبديل السكك اذ كثيراً ما يحتاج لذلك . وبالجملة ينبغي لمن أراد محاولة هذا الفن احسانه

باستجماع أدواته مع التيقظ والتبصر ، وهي صناعة كالفتوى والقضاء لا تواتي الا القليل من الناس .

الاعتذار عما يقع في الوثيقة

اذا وقع في الوثيقة الحاق أو محو أو بشر أو نحو ذلك فلا يخلو : اما أن يكون : في اسم الله تعالى او اسم نبيه صلى الله عليه وسلم ، فينبغي للموثق أن يقطع ذلك الرسم ويكتب غيره ، ولا يكفي الاعتذار عنه ؛ واما أن يكون في غير ذلك ، فان اعتذر عنه في آخر الرسم صح الرسم وكان دالا على الثبت ، وان لم يعتذر عنه فان كان في غير محل العقد لم يضر وصح الرسم ، وان كان في محل العقد المقصود منه كالثمن أو التاريخ أو الاجل سئل عنه الشهود ، فان حفظوه وبينوه عمل على قولهم ، وان لم يوجدوا أو قالوا : لا ندري ، فالمعتمد انه يبطل المحل الذي فيه ذلك فقط ويصح غيره مما لا توقف له عليه .

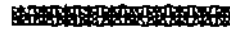
مجمل التوثيق

مجمل التوثيق الاصل والاسترعاء : فالاصل هو الشهادة التي يمليها المشهد على الشاهد من لفظه ، والاسترعاء هو الشهادة التي يمليها الشاهد من حفظه . مثال الاول : حضر لدى شهيديه فلان وأشهدهما أنه

اشترى جميع السلعة الفلانية من فلان وحازها منه بثمن قدره الخ . والثاني يشهد من يضع اسمه عقبه بمعرفته لفلان المعرفة التامة ومعها يشهد بأنه عدل رضى الخ .

أدب الموثق مع القاضي

ينبغي للموثق أن يتأدب مع قاضيه ويطيعه فيما يأمر به ان كان مصلحة ويعظمه ويخلص له الدعاء فيما يسجل عليه من الرسوم لقوله تعالى « يأيها الذين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم » وهم الامراء والعلماء على اختلاف القول فيهم ، وعلى كل فقد اجتمع الامران فى القاضي .



باب فى اليمين

أقسام اليمين

اليمين أربعة أقسام : يمين تهمة ، ويمين انكار ، ويمين قضاء ، ويمين تكملة . أما يمين التهمة فهي اللازمة فى الدعوى غير المحققة استحسانا وتتوجه بمجرد الدعوى . قال اللخمي : « لان الغالب على الناس اليوم التهمة الا ما كان معرة كدعوى الغصب والسرقة على رجل صالح ». وأما يمين الانكار فهي التي فى مقابلة دعوى محققة على المدعى عليه . ففي الحديث : « شاهداك او يمينه » . وأما يمين القضاء فهي التي تجب على المدعي في حق الغائب ومن في معناه استحسانا للاحتياط والحفظ على أموال الناس . وأمـا يمين التكملـة فهي التي تلزم لتكملـة النصاب فيما يكتفى فيه بالشاهد واليمين كالمال ومـا يؤول اليه لخبر « ان جبريل أمرنى أن أقضي بالشاهـد واليمين » ، ثم هي أيضاً قسمان : منقلبة وغير منقلبة . فالمنقلبة هي التي يصح ردها على غير من توجهت عليه وهي يمين الانكار والتكملة ، واذا قلبها عليه لا يصح قلبها ثانياً للتسلسل . وغير المنقلبـة هي التي لا يصح فيها الرد وهي القسمان الباقيان .

ما تتوجه فيه اليمين بمجرد الدعوى وما لا

كل ما يثبت بالشاهد واليمين أو برجل وامرأتين كالمال وما يؤول اليه ، فان اليمين فيه تتوجه على المدعى عليه بمجرد الدعوى ، ولكن بشرط ان يكون المدعى به مشبها لا يكذبه عرف والدعوى صحيحة . وكل ما لا يثبت الا بالشاهدين كالنكاح والطلاق والعتاق والولاء ان تجرد عن الشاهد لم تتوجه عليه فيه يمين لان فائدة اليمين انه اذا نكل حلف المدعي واستحق ، وذلك لا يمكن هنا لان اليمين مع النكول انما تفيد في الاموال . ومفهوم قولنا ان تجرد عن الشاهد : أنه اذا قام للمدعي شاهد واحد توجهت اليمين على المدعى عليه ، وهو كذلك فيما عدا النكاح (١) فان نكل حبس وان طال دين .

من له احلاف خصمه ومن ليس له ذلك

من ادعى الغلط أو النسيان فى الحساب بعد الابراء وأراد احلاف خصمه المنكر فله ذلك اذا قام بالقرب وحد بسنة فدون ؛ ومثله بشرطه من ادعى الغلط أو الجور فى

---

(١) أي لانه لشهرته لا يكاد يخفى على الاهل والجيران ، فالعجز عن اقامة شاهدين به قرينة كذب مدعيه ، وأيضا لانه لو أقر به لم يثبت ولم يلزم بخلاف الاقرار بالطلاق والعتق مثلا قاله الزرقاني

القسمة ؛ ومن ادعى على رشيد الآن بأنه كان أتلف له ماله من غير أن يؤمنه عليه أو سرقه منه في حال حجره فأنكر فأن له أن يحلفه ؛ ومن توجهت عليه يمين فقال : قد كنت احلفتني على دعواك فيما مضى والآن احلف لي أنك ما أحلفتني وأحلف لك أو أقضيك حقك ، فلا بد من حلفه له ؛ ومن ادعى على آخر بحق مالي وأقام شاهداً وانكره المطلوب وقال للطالب احلف مع شاهدك فقال له الطالب : أخاف أن أحلف لك وتدعي العدم فأحضر المال الذي لي عليك وأحلف لك ، فليس عليه ذلك ، ويحلف المدعي لان الحق لا يجب الا بعد أن يحلف ، بخلاف ما اذا ادعى عليه بمائة فقال له : اني قضيتها لك والآن احلف أني ما قضيتك وأدفعها لك ، فقال لـه المدعي : لا أحلف حتى تحضر المال ، فانـه يسمع قولـه لان الحق ثابت واليمين انما هي لرد دعوى القضاء . ومن كان له ملك من حائط أو فدان ونحوهما متوسط بـين أملاك لاناس آخرين وكان يذهب لملكه من أي الاملاك شاء ثم غرس أرباب الاملاك أملاكهم فأغلقوا عليه ومنعوه المرور فان ادعى على واحد منهم معين لزمتـه اليمين أو يجعل لـه طريقا ، وان لم يحقق دعواه على واحد منهم فلا يمين له عليهم اذا كان لا عذر له من صغر أو غيبة والا فيحلفون جميعا ، ثم اذا كانت الدعوى في الفدادين فانهم يؤمرون بالممر له من غير ضرر ويترادونه بينهم حتى يكون على

جميع من كان يختلف عليه كما يؤمرون به لو نكلوا جميعا ، واذا كانت فى الحوائط فــلا . والفرق أن الحوائط من شأنها أن يكون لكل واحد منها طريق بخلاف الفدادين .

اليمين اذا توجهت على غير الرشيد

يحلف الرشيد الايمان كلها اذا توجهت عليه ، وغيره فيــه تفصيل : فالصبي لا يحلف واحدا منهــا الا بعد البلوغ ، نعم ان كانت اليمين المتوجهة عليه يمين قضاء أخذ حقه الآن ، وبعد البلوغ ان نكل رد ما أخذ . وان كانت يمين تكملة حلف المطلوب وبقي الشيء بيده الى بلوغ الصبي الا ان خيف عدمه فيجعل بيد أمين ويسجل القاضى شهادة الشاهد للصبي ليحلف عند البلوغ ويستحــق ماله ، فان نكل المطلوب أو لا اخذ منه الحق عاجلا وسقطت اليمين أصلا . ولا يحلف أبو الصبي عنه ولو أنفق عليه الا فيما عامل به من ماله . ومثله فى ذلك الوصي وناظر الحبس والسفيه يحلف يمين التكملــة حال سفهــه ولا يحلف يمينا اخرى الا بعد رشده ، آخذاً حقه فى يمــين القضاء كا لصبي ومثل الصبي فى ارجاء يمين القضاء ، وفي حلف المطلوب في يمين التكملة الغائب حتى يقدم .

توجه اليمين ولو مع عدم الخلطة

تتوجه اليمين على المدعى عليه المنكر من غير ثبوت الخلطة بينه وبين المدعي الا أن يكــون المدعــي ذكــرا والمدعى عليه أنثى من ذوات الحجاب فلا بد من ثبوت الخلطة ، وهذا هو الذي به العمل ؟

نظائر تجب فيها يمين القضاء

يحلف المدعي يمين القضاء في دعــواه على الغائب غيبة متوسطة او بعيدة ، وعلى من فى حكمه كالميت سواء كان الورثة محاجير اوفيهم محجور او رشداءوأرادوا الدفع بحكم الحاكم ، وعلى المحجــور ، والسفيه ، والمجنــون والاحباس ، وبيت المال ، والمساكين ، والطريق العامة ، وكل وجه من أوجه البر . وكذا يحلف فى استحقاق غير العقار الا أن اليمين حينئذ تسمى يمين الاستحقاق (١) . ولا تسقط عن القائم ولو أوصى الميت باسقاطها أو شرط رب الدين أنه مصدق في عدم قبض حقه وغاب المدين أو مات ، لان الحق للغير وبهذا العمل نص عليه الرهوني .

(١) ولا فرق بينها وبين يمين القضاء فى المعنى والحكم ، بل هي نوع منها .

اعادة اليمين وقلبها وجمعها

من توجهت عليه لخصمه يمين فطلب منه أن يحلف له بطلاق ونحوه مما لا تقطع به الحقوق فحلف ثم رجع عليه وقال له : لا يكفيني ذلك ولا بد أن تحلف لي اليمين الشرعية وهي : بالله الذي لا الاه الا هو ، فانه يعيدها له بالقرب ولا يعيدها مع الطول ، والطول هنا ما يدل على الرضى كاليومين والثلاثة . ومن توجهت عليه يمين فحلفها قبل أن يحلفه خصمه مع حضوره أو بدونه أو بادر وحلف في غير الجامع ولم يرض خصمه بذلك فانه يعيدها له ولا تنفعه الاولى . ومن تأخر اقتضاؤه بعد يمين القضاء مدة طويلة لجمع مال الغائب مثلا أو بيع عقاره فانه عند الاقتضاء لا يعيد اليمين الا أن يقدم الغائب ويقيم معه مدة ثم يغيب ثانياً أو يحصل بعد بين حلول النجمين فيجب أن لا يقتضي حينئذ حتى يحلف ثانية لحصول الشك هنا كما كان أول مرة . ومن حلف لبعض الشركاء بحكم حاكم لم يكن لبقيتهم أن يحلفه ثانيا ، فان كان حلف بغير حكم فلمن قام منهم أن يحلفه يمينا اخرى . ومن توجهت عليه يمين الانكار أو يمين التكملة والتزمها ثم ظهر له أن يقلبها على خصمه فله ذلك ، واذا قلبها عليه فليس له الرجوع اليها لتعلق حق خصمه بنكوله لانه شاهد له ، وهو قولهم : « النكول

بالنكول تصديق للناكل الاول » ولا يمكن من ابطال حق خصمه، ولا تنقلب يمين التهمة ولا يمين القضاء كما سبق واذا وجبت على الشخص ايمان في دعاو متعددة فان له أن يجمعها ويحلفهـا في يمين واحدة سوى يمين الرد فانها لا تجمع مع غيرها مثل أن تكون اليمين وجبت على المدعى عليه ووجبت أيضاً على المدعي فردها على المدعى عليه فلا يجمعها المدعى عليه فى يمين واحدة ، ثم محل الجمع اذا لم يكن الطالب للايمين متعدد والا فلا تجمع .

تغليظ اليمين

تغلظ اليمين فى ربع دينار فأزيد ، فتكون فى الجامع الاعظم ، وذلك من حق الطالب . فمن طلب اليها وادعى العجز عـن الخروج فان ثبت عجزه غلظت بحلفـه على المصحف فى بيته ، والا حلف أنه لا يقدر على الخروج . وخير الطالب حينئذ بين أن يحلفه على المصحف في بيته أو ينتظر برءه فيحلفه في الجامع .

باب فى الوكالة

الوكالة المطلقة والمقيدة

من وكل شخصاً وكالة مطلقة كأن قال له : وكلتك أو أنت وكيلي لم يصح توكيلـه حتى يفوض أو يعـين بنص او قرينة ، ومن وكله على بيع او ابتياع او على خصومة أو قبض دين أو غير ذلك مما يعينه له ثم قال فى توكيله انه وكله وكالة مفوضة فان هـذا التفويض يرجع لما سماه ولا يتعداه الى غيره .

توكيل الوكيل

لا يجوز للوكيل ولو مفوضاً أن يوكل غيره على مـا وكل عليه الا بنص من الموكل على ما به العمل ، لكن اذا كان وكـل على شيء لا يجمل بـه مباشرتـه بنفسه ، كتوكيل ذي قدر على بيع كدابة بسوق ، أو كان الشيء الموكل عليه كثيرا لا يقدر على مباشرته وحده فله حينئذ توكيل غيره سواء كان مفوضا او مخصوصا . ولا يجوز لمقدم القاضي أن يوكل غيره على النظر لليتيم في المشهور الذي به العمل بخلاف الوصي فله ذلك .

اقرار الوكيل

ليس للوكيل أن يقر على موكله الا في صورتين : اذا جعل له ذلك أو كانت الوكالة مفوضة ، لكن اذا وكله على الخصام فقط وأبى الخصم من مخاصمته حتى يجعل له الاقرار لزم الموكل أن يجعله له لانه من حق خصمه . واذا جعل الموكل لوكيله الاقرار لزمه جميع ما أقر بـه عليه بعد التوكيل مما تتعلق بـه المخاصمة التي وكـل عليها لا ما كان قبلـه ولا ما نافاها ، كمـا اذا وكله على خصومة فأقر أن موكله وهب داره لزيد مثلا فلا يلزمه على المعمول به ، وكذلك لو كان اقراره بعد انتهاء مـا وكل عليه كاقرار وكيل البيع بالعيب في المبيع وقدمـه لينقض البيع فانه لا يلزم الموكل ، لانه بانتهاء البيع صار أجنبيا فكان اقراره اقرارا على الغير . ويخالف فى هذا وكيل الشراء حين ترد الدراهم بالعيب ، فان اقراره يلزم الموكل لانه لو لم يلزمه لادى ذلك الى اغرام الوكيل وهو أمين للموكل على تلك الدراهم حيث أمره بدفعها فـلا وجه لاغرامه .

صلح الوكيل

لا يجوز للوكيل اذا كان غير مفوض أن يصالح عن موكله الا اذا كان أذن له فى ذلك ، فان صالح بغير اذن رد

عليه ولو كان سدادا ، كما يرد صلح الوكيل المفوض اذا لم يصادف الصواب ، لان القاعدة أن كل من ناب عن غيره معزول عن غير مصلحة .

ما لا يفعله الوكيل الا باذن خاص

ليس للوكيل ولو مفوضاً أن يطلق للوكيل زوجته أو يزوج ابنته البكر أو يبيع دار سكناه أو عبد خدمته الا باذن خاص ، فان فعل لم يمض عليه شيء من ذلك لقيام العرف على أن تلك الامور لا تندرج تحت عموم الوكالة

متى تجب الوكالة ومتى تمنع

اذا كان لجماعة حق على واحد فاما أن يقوموا كلهم أو بعضهم والبعض الآخر اما غائب أو حاضر ، فان قاموا كلهم فللخصم الامتناع من جوابهم حتى يوكلوا واحدا أو يحضروا جميعا لمخاصمته ، ولا يتعاقبون عليه واحدا بعد واحد . وان قام بعضهم والبعض الآخر غائب مكن القائم من الدعوى ان كان واحدا والا فكقيام الجميع . وان كان البعض الآخر حاضرا فللخصم الامتناع أيضا حتى يوكلوا واحدا او يحضروا جميعا . ولا يجوز لمن قاعد خصمه وتنازع معه في ثلاثة مجالس أن يوكل من يخاصم عنه حيث أبى خصمه من ذلك لانه من حقه فيأمره

القاضي أن يكمل الخصومة بنفسه الا لعذر من سفر لحج او غزو او مرض فله التوكيل حينئذ ، ولكن بعد يمينه أنه ما أنشأ السفر لاجل أن يوكل على المعتمد ، وكذا الوكيل لا يجوز للموكل عزله في مثل هذه الحال ، نعم ان رضى الخصم أوظهرت في الوكيل خيانة جاز التوكيل وجاز العزل .

تجديد الوكالة

ينقطع حكم التوكيل بالسكوت عن المخاصمة ستة أشهر . فليس للوكيل أن يعود اليها بعد ذلك حضر الموكل أو غاب على ما به العمل الا بتوكيل جديد أو بنص من الموكل على الدوام والاستمرار ، وهذا فى غير المفوض . أما هو فيخاصم متى شاء .

عزل الوكيل

كل وكيل مفوضا أو غيره يجوز عزله شرعا الا اذا تعلق بالوكالة حق له أو لاجنبي ، كالوكيل على الخصام اذا قاعد الخصم ثلاثا ولا عذر له من مرض ونحوه ، والوكيل بالاجارة ، والزوجة اذا تعلق لها حق بالتوكيل كما اذا قال لها : ان تزوجت عليك فأمرك بيدك ، والوكيل على دفع عين او طعام لربه وربه فى بلد آخر ،

والامين على الرهن ان وكل على بيعه . فهؤلاء كلهم لا يجوز عزلهم في فروع أخرى مما يندرج تحت الضابط المتقدم .

الدعوى بدون وكالة

لا تسمع الدعوى من غير صاحب الحق بدون وكالته . فاذا قام محتسب عن الغائب في شيء تسور عليه فيه أو عيب أحدث له في داره مثلا فان القاضي لا يمكن هذا القائم من مخاصمة المتعدي الا أن يكون أبا أو ابنا ونحوهما من قريب القرابة على المعمول به . واذا خاصم فانه لا يخرج الشيء من يد حائزه . ولا يزال العيب لاحتمال أن يقر الغائب بذلك أو يرضاه ، وهذا ما لم يقر المتعدي والا نزع الشيء من يده وجعل بيد أمين . والحكم في قريب الغيبة وبعيدها سواء على الراجح .

وكالة عون القاضي وأجرته

لا يصح توكيل عون القاضي الذي لا معرفة له بأبواب الخصام الا للمرأة خاصة في الشيء القريب . واذا جلب العون أحد المتداعيين للحاجة اليه فان أجرته على من جلبه ان لم يلجأ لذلك بامتناع خصمه من الارتفاع لمجلس الحكم أو لدده والا فعلى الخصم .

باب فى الرشد والسفه والحجر

رشد الاولاد

الصغير محجوز لابيه لا يجوز له فعل الا باذنه ، فاذا بلغ فاما أن يكون معلوم الرشد فيخرج من الحجر وأما أن يكون معلوم السفة فهو فى حجر أبيه حتى يرشده واما أن يكــون مجهول الحــال فيحمل علــى السفة حتــى يظهر رشده وكــذا اذا كــان لــه وصى أو مقدم أو كان مهملا فالعبرة بظهور الرشد فتمضي أفعالــه وظهور ضده أو جهل الحالفترد، وأما الصغيرةذات الاب فمنحالها الرشد ففعلها ماض ببلوغ المحيض والعكس بالعكس ، ومن جهل حالها فاما ذات أب فانها تخرج من الحجر بمضي عامين من دخولها ، واما ذات وصي او مقدم فبالفك ، واما مهملة فبتعنيسها أو مضي عام من دخولها .

الحجر على السفيه

يحجر على السفيه وهو الذي لا يحسن حفظ المال والنظر فيه ولو كان صالحا فى دينه ، فيمنع من التصرف في ماله وترد أفعاله سواء كان السفه طارئــا عليه بعد الرشد أو أصليا ، الا أنه فى الطارىء يكون وليه الحاكم ، وفى الاصلي الاب أو الوصي ، وكل تصرف له قبل الحجر

يعتبر فيه حاله وقت التصرف ، فان كان رشيدا مضى ، وان كان سفيها رد على المعمول به من قول ابـن القاسم

لمن الولاية على المحجور

الولاية على المحجور اذا كان صغيرا او سفيها لم يطرأ عليه السفه بعد رشده للاب ، فاذا لم يكن فلوصيه ، فاذا لم يكن فللحاكم . وأما من طرأ عليه السفه بعد الرشد فولايته للحاكم لا غير . ويتولى الحاكم أمر محجوره بنفسه أو يقيم من ينظر لـه فى مصالحه وهـو المقـدم ، وتصرف الاب محمول على المصلحة فلا يتعقب بحـال ، بخلاف غيره كالوصي والحاكم فلا يمضى من فعله الا ما كان سدادا .

الفك من الحجر

على الوصي أو المقـدم اذا آنس من محجـوره رشدا أن يفكه من الحجر بعد اقامة البينة على ذلك ويدفع اليه ماله ، وبه يرتفع حكم الحجر عنه ، وان ارتفع عنه معناه قبل الفك حين ظهور رشده ، فاذا لم يفعل فانه يضمن ما تلف عنده من ماله ، لانه متعد فى حبسه له و غاصب لمال من لا ولاية له عليه فى الاصل .

بقية المحاجير

يحجر على غير الصغير والسفيه كالمجنون . وحجره للاب ان جن قبل البلوغ والا فللحاكم ، والعبد لسيده ، والمفلس لمن له الدين ، والزوجة للزوج ، والمريض مرضا مخوفا للوارث ، الا أن الاخيرين انما يحجر عليهما فيما زاد على الثلث من مالهما .

باب في النكاح

أركان النكاح

أركان النكاح أربعـة : وهي الولي ، والزوجان ، والصيغة ، والصداق . فالولي هـو الذي يتولى العقد ويشترط فيه أن يكون ذكراً حراً عاقلا بالغاً مسلماً اذا كانت المعقود عليها مسلمة ، خـالياً من الاحرام بأحد النسكين . ويقدم ذو القرابة القريبة على غـيره الا أن يكون وصيا ؛ ويشترط في الزوجين عدم الاكراه ، وعدم المرض ، وعدم المحرمية من نسب او رضاع او صهارة ، وعدم الاشكال ، وعدم الاحرام ، وعدم اتفاق على كتمان النكاح ؛ والصيغة هي اللفظ الدال على حصول النكاح : كأنكحت ، وزوجت ، ولزم ولو هـزلا ؛ والصداق أقلـه ربع دينار وأكثره لا حد له ، ويصح بكل متمول من عين وعرض وحيوان ، ويجوز أن يجمع فيه بين النقد والكالىء ولكن لابد من ذكر أمد الكالىء ، ويجب أن لا يستأخر به أكثر من عشرين سنة .

الشروط في النكاح

الشرط في النكاح اما أن ينافي العقد كان لانفقة لها ولا ميراث بينه وبينها فهذا مما يفسخ بـه النكاح قبل

الدخول ويثبت بعده بصداق مثلها ؛ واما أن يقتضيه كأن ينفق عليها ويبيت عندها وهذا لا شيء فيه ؛ واما أن لا ينافيه ولا يقتضيه كأن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدهـــا فهذا يكره فى العقد و لايلزم ، ويجوز بعده ويلزم ، فان وقع النزاع فى كونه بعده أو قبله حمل على أنه قبله كما جرى بذالك العمل .

انكاح غير من بيده عقدة النكاح

اذا انكح الاب ابنته البكر أو الثيب التي في حجره لم يجب عليه استيمار ولم يكلف ببيان سبب ، لان له الاجبار وبيده عقدة النكاح ، بخلاف غيره فلا بد مـــن استيمارها ورضاها ، ثم اذاكانت مهملة وأنكحها الحاكم فلا بـــد من بيان السبب مـــن يتمها واهمالها وبلوغها ، وخلوها من الزوج وكفاءة الزوج لها ، وأن الصداق صداق مثلها من مثله ، ويكتب السبب فى رسم الصداق كالايصاء او التقديم فيمـــا لو انكحها الوصي أو المقدم ، وذلك لاثبات انتقال عقدة النكاح لغير من هي بيده ٠ ولا يجبر الوصي الا اذا جعل الاب له ذلك . وأما الثيب التي خرجت من الحجر فتستأمر مطلقا سواء انكحها الاب أو غيره ، ولا بد من اثبات موت الزوج او طلاقه .

حكم فاسد النكاح

ما فسد من النكاح لعقده كالنكاح بغير ولي أو لاجل أو في العدة أو في الاحرام فحكمه الفسخ مطلقا ، ثم ان فسخ قبل البناء فلا شيء فيه ، وان فسخ بعده ففيه المسمى من الصداق . وما فسد لشرط فيه ينافي العقد كأن لانفقة لها أو لاميراث بينه وبينها، أو لخلل فى صداقه كخمر وخنزير فحكمه الفسخ قبل البناء والثبوت بعده بصداق المثل .

ثبوت الخيار بالعيب في أحد الزوجين

يثبت الخيار للزوجين بالعيب في احدهما كالجنون والجذام والبرص وداء الفرج فيفرق بينهما حالا الا أن يرضيا بالبقاء على تلك الحال ، وهذا اذا لم يرج البرء والا فيؤجلان سنة كاملة في الجنون والجذام والبرص وهي مشتركة بينهما ، والاعتراض وهو خاص بالزوج . وفيما عدا ذلك الاجل موكول الى اجتهاد الحاكم . ويجوز نظر الفرج لاثبات العيب فى كل من الرجل والمرأة على ما جرى به العمل.

الضرر

يثبت ضرر الـزوج بزوجتـه بشهادة العدلـين وبشهادة السماع وتطلق عليه الا أن تريد البقاء معه فيزجره الحاكم ولا يفرق بينـهما . واذا كانت قد اختلعت منه فان لها الرجوع فيما دفعته له من مال بعد حلفهـا انها ما فعلت الا لاجل الضرر . واذا تعذر على الزوجة اثبات الضرر وتكررت شكواها للحاكم فانه يبعث اليهما حكمين من أهلهما كما قال تعالى « وان خفتـم شقـاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » ، وما حكما به يمضي عليهما .



باب فى الطلاق والخلع واللعان

أقسام الطلاق

الطلاق قسمان : سني ، وبدعي . فالسني هو الجاري على سنة الشرع من كونه طلقة واحدة بحال طهر لم يمسها فيه وبغير حال العدة ؛ والبدعي خلافه وهو اما حرام او مكروه : فالحرام الثلاث وما وقع فى الحيض ، والمكروه ما عدا ذلك . ثم اذا وقع الطلاق فلا يخلو : اما أن يقصد به البينونة أولا . فان لم تقصد البينونة فهو الرجعي الذي يملك الزوج فيه الرجعة فلا يحتاج فيها الى اذن من الزوجة ولا صداق ولا ولي ما دامت فى العدة ، وان قصدت البينونة فهو البائن الذي لابد فيه من استيناف عقد جديد باذن وصداق وولي . وحكم المطلقة طلاقا رجعيا كمن فى العصمة الا فى ثلاث : الاستمتاع ، والخلوة ، والاكل معها فممنوعة ، ويجب الاشهاد على الرجعة كما فى الرهوني .

التطليق بالحرام واليمين

من قال لزوجته : « أنت حرام » أو « عليه الحرام » لافعل ذلك مثلا ثم حنث ، فالمشهور فى ذلك أنه طلاق

ثلاث ، ولكن جرى العمل بأنه لا يلزمه الا طلقة بائنة ، لان عرف الناس أنهم يصرفون ذلك لبينونـة الزوجة دون ارادة عدد زائد على الواحدة . ومن قال عليه اليمين لافعل كذا مثلا ثـم حنث فان عليه طلقة رجعية لقصدهم بـه الطلاق ، ولـولا ذلك لم يجب عليـه الا كفارة اليمـين الشرعية ، وانما كانت الطلقة رجعية لانهـا قد حصلت ماهية الطلاق المقصود فيكتفى بها .

الخلـع

الخلع هو الطلاق بعوض تدفعه الزوجة لزوجها أو حق تسقطه عنه كصداق ونفقة حمل وخراج عدة وانفاق على ولدها منه ولو مدة ازيد من حولي الرضاع على ما به العمل . فاذا مات الولد قبل انقضاء المدة فلا شيء للاب عليها ، لان مقصوده أن يكفي مؤونة ولـده وقد كفـي ، بخلاف ما اذا ماتت هي فانه يستوفي دينه من مالها . وطلاق الخلع بائن لا رجعة فيه .

اللعـان

يجوز اللعان لمن طلبه مطلقاً اذا اتفق سببه من رؤية الزنى ونفي الحمل والولد ، ولا التفات لمن قال بجريان

العمل بتركه للفاسق وصورته ، كما فى القرآن العزيز. ويترتب عليه اذا وقع فسخ النكاح ، والتحريم أبدا ، ونفي الحمل والولد ، وسقوط الحد . ولا يجوز الاعتماد فيه على الظن أو العزل أو الوطء بين الفخذين او عدم الانزال او مشابهة الولد لغيره ، نعم يعتمد على المشابهة فى الاستلحاق اذا وجدت القافة .



باب فى العدة والنفقة والحضانة

أقسام العدة

العدة ثلاثة أقسام : وضع الحمل ، والاشهر ، والاقراء . فوضع الحمل لذوات الاحمال كما قال تعالى : « واولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ، والاشهر للمعتدات من الوفاة ، وهي كما قال تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا » الآية ، والاقراء للمطلقات من غير ذوات الاحمال المدخول بهن دخول مسيس ، لانه لا عدة على المطلقة قبل المسيس ، وفيهن قال تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، وجرى العمل بجعل معدل أمد الاقراء ثلاثة أشهر ، لان غالب النساء يحضن مرة فى الشهر ، فلا تصدق من ادعت انها حاضت ثلاث حيض فيما دون ثلاثة أشهر لغلبة الفساد ، ولا تخرج من العدة من لم تحض ثلاث حيض، وان انقضت ثلاثة أشهر فلم يعدل عن الاقراء مع الاحتياط (١).

---

(١) هذا تصحيح للعمل على حسب ما أشار له الهلالي فى « نور البصر »

ما يجب للمعتدات

المطلقة مطلقا يجب لها السكنى مدة عدتها لكونها محبوسة بسبب ذلك . فان كانت ذات حمل زيد لها النفقة والكسوة الى وضع حملها اذ به انقضاء عدتها ، الا ان مات المطلق فيسقط عنه ما عدا السكنى . وان كانت متوفى عنها فلها السكنى فى داره او فيما نقد كراءه لا غير . وأما المطلقة طلاقا رجعيا فهي كالزوجة فى جميع الواجبات من السكنى والنفقة الا فى الاستمتاع بها كما سبق القول .

الاعسار بالنفقة

اذا اعسر الزوج بالنفقة على زوجته من قوت وكسوة تلوم له الحاكم باجتهاده: فاما أنفق واما طلق عليه والغائب اذا لم يترك لها نفقة ولا شيئا تعدى فيه أجل شهرا على ما بـه العمل عند الفشتالي ثم طلقت عليه بعد حلفها باستحقاق النفقة .

الحضانة

الحضانة للام الى احتلام الذكر ، ونكاح الانثى ودخولها ، وبعد الام ان ماتت او نكحت للجدة ثم للخالة ،

فان لم يكن من ذوي رحم الام أحد فالجدة للاب ، فان لم تكن فالاب ، فان لم يكن فالاخوات فالعمات فخالات الاب فبنات الاخــوة فبنات الاخوات ، فان لــم يكن فالوصي او المقدم ان كان محرما للمحضونة ، فان لم يكن فالاخ ، فان لم يكن فباقي العصبة ، ويقدم في المختلفين الشقيق ، ثم للام ، ثم للاب ، وفي المتساويين الاكثر شفقة . ولا بد فيمن يحضن أن يكون منفــردا بمسكن عمــن سقطت حضانته ، وفي المكان أن يكون حرزا لا يخشى فيــه على البنت الفساد ، ويقبض الحاضن نفقة المحضون مــن الاب ، والسكنى تابعة للنفقة ، ولا يستحق هو شيئا لاجل الحضانة لا نفقة ولا اجرة .



باب في البيع

محرمات البيع

محرمات البيع بيع مصحف وكتاب حديث لكافر ، وطعام وآلة حرب لحربيين ، وكل شيء يعصي بـه من يشتريه كعنب لمن يعصره خمرا ، أو جارية لمن يتسامح فى عفتها ، ودار لمن يتخذها ماخورا ونحو ذلك ، وعين بعين او طعام بطعام مع النسأ مطلقا ومع الفضل ان اتحد الجنس وكان الطعام مما يقتات ويدخر ، وثمار بعض أنواعها لم يبد صلاحه وهو ليس تبعا لما بدا صلاحه ، وطعام قبل قبضه ، ودين بدين ، وغش وغرر .

الشرط والبيع

الشرط اما أن يقتضيه البيع أو ينافيه ، أو لا يقتضيه ولا ينافيه ، وهو غير مخل بالثمن أو مخل بـه . فالاول كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب وهو جائز لازم ولو لم يشترط، والثاني كشرط الا يركبها او لا يسكنها وهذا باطل مفسد للبيع ، والثالث كشرط الاجل والخيار وهو صحيح لازم بالشرط ساقط بدونه ، والرابع كشرط

القرض من أحد المتبايعين فانه يؤدي الى خلل في الثمن اما بزيادة ان كان من المشتري أو بنقص ان كان من البائع وهو أيضا باطل مفسد للبيع .

بيع الثنيا والخيار

بيع الثنيا وهو البيع على رجوع الشيء لبائعه متى أحضر الثمن لا يجوز الا اذا طاع به المشتري بعد انبرام العقد وينبغي أن يكتب فى عقد مستقل، واذا وقع النزاع فى كونه طوعا او شرطا حمل على الشرط لانه الغالب ، والبيع على الخيار جائز اذا ضرب المتبايعان لذلك أجلا قريبا بقدر ما يختبر المبيع وتكون المشورة ، ولا يجوز فيه شرط نقد الثمن ، فان وقع بدون شرط جاز .

بيع الصفقة

بيع الصفقة أن يكون ربع او غيره مشتركا بين شخصين أو أكثر ملكوه دفعة واحدة في زمن واحد بشراء او ارث او غيرهما ويريد احدهم أن يبيع وتكون حصته اذا بيعت مفردة ينقص ثمنها فله أن يبيع الربع كله ولو لم يرض الشريك بالبيع . ولا يتوقف على الرفع للقاضى على ما به العمل . والصفقة جارية فى الاصول وغيرها وفى الغلة الصيفية والخريفية والكراء . واذا كان

أحد الشركاء غائبا فان القاضي يبيع عليه وتمضي الصفقة عليه ولو كان الضم له أولى ولا حجة له اذا قدم، فان ضم الشركاء فله الدخول معهم . والمحجور تمضي الصفقة عليه كذلك ، ولا ينظر لكونه أولى ما يباع عليه . ولا لسداد في الثمن ، لان الغبن لا يتصور في الصفقة

موجبات البيع على الغائب والمفلس والمحجور

لا يبيع القاضي مال الغائب الا بعد اثبات الموجبات من الدين والغيبة ، وملكه للمبيع واشهاره للبيع بالسوق المعبر عنه بالتسوق ، وعدم الفاء زائد، وتسمية الشهود الذين ثبتت بهم موجبات البيع ، ولا مال المفلس الا بعد اثبات الديون وملكه للمبيع والاستقصاء في الثمن وتسمية الشهود ، والاعذار الى كل واحد من الغرماء في دين صاحبه والى المفلس فيما ثبت عنده ، ولا مال المحجور الا بعد اثبات يتمه واهماله وملكه للمبيع ، وأنه أحق من غيره بالبيع والتسوق ، وانتهاء الرغبات والسداد في الثمن وتسمية الشهود ، ثم هذا اذا كان ما يباع على المحجور غير ربع ، وأما الربع فلا يباع عليه الا لحاجة ظاهرة كنفقة ، ومنها تشوير البنت على المعمول به أو خوف سقوطه ولا مال للاصلاح أو رجحان بيعه على اصلاحه أو انتقال العمارة عنه أو فرض خراج عليه ،

أو كونه جزءا ويرجى ببيعه ربع كامل ، أو خوف عليه من غاصب او اغتباط بكثرة الثمن ، أو دين على المحجور أو تصفيق عليه ، او سوء مجاور كفاسق وهو دار سكناه ، فان كان للغلة لم يبع . ويستوي في عدم بيع الربع الا لواحد من هذه الاسباب الحاكم والوصي وغيرهما ، ما عدا الاب فانه يبيع مطلقا الربع وغيره بالسبب وبدونه ، لان فعله محمول على النظر .

بيع الفضولي والغاصب

الفضولي هو الذي يبيع ما لغيره من غير ولاية منه ولا توكيل ، وبيعه صحيح موقوف على اجازة رب الشيء ورضاه ، ومن أدلة رضاه السكوت . ويعم الصفقة وغيرها . وكذا يمضى بيع الغاصب باجازة رب الشيء له ، ولا يثبت للمشتري خيار بين رد البيع وامضائه بعلمه أن البائع غاصب كما يثبت له ذلك في علمه بأنه وكيل ، وذلك لان استحقاق رب الشيء هنا وفي كثيرمن البياعات مدخول عليه ، فصار كالعيب الذي يجهله المتبايعان لا يقام به ، بخلاف الوكالة فان احتمالها ضعيف ، اذ الغالب أن المتولي للبيع هو المالك نفسه لا الوكيل .

الرد بالعيب

كل عيب ينقص به ثمن المبيع الثلث فاكثر : كجماح

الدابة ، وجنون العبد ، أو يفوت به على المشتري غرض صحيح : كمن اشترى شاة للضحية فوجدها لا تجزىء ، أو عبدا للخدمة فوجده أعسر فالرد به واجب ولو لم يشترط ذلك . واذا دخل المشتري على العيب وشهد عليه بذلك فليس له الرد الا بالعيب الخفي الذي لا سبيل الى رؤيته . ويجب القيام بالعيب بفور الاطلاع عليه وبشرط عدم استعمال الشيء المعيب بعده والا بطل الحق فى الرد ؟

العهدة في البيع

اذا طرأ استحقاق للمبيع أو ظهر فيه عيب فان كان البائع هو المالك نفسه فالامر واضح ، وان كان غيره فلا يخلو اما أن يكون وكيلا مفوضا أو غيره ، فان كان وكيلا مفوضاً فالعهدة عليه مطلقاً فيضمن الثمن ويحلف اليمين اذا وقع النزاع في وجود العيب وعدمه أو في حدوثه وقدمه . وان كان وكيلا غير مفوض فلا عهدة عليه ان علم المشتري بنيابته فى البيع والا فيضمن . كما لا عهدة على النخاس والسمسار للعلم بأنهما يبيعان ملك الغير ، وانما يسألان عن المالك من هو ، فان بيناه فذلك ، وان ادعيا جهله حلفا وبرئا ، وان لم يحلفا سجنا باجتهاد الحاكم . وان كان البائع غير من ذكر والمالك غائب مثلا أو امرأة من ذوات الحجاب فعليه العهدة مطلقاً الا الوصي والحاكم

اذا باعا مال المحجور لحاجة فلا عهدة عليهما ، واذا كان المبيع رقيقاً فلاطراد العادة فيه بالبيع على البراءة جرى العمل بترك العهدة فيه الا أن يكون العيب حملا او جنونا او جذاما او برصا فيقام به مع القدم .



فصل فى التوليج والتصيير والتولية

التوليج وما يثبت به

التوليج فى اللغة الادخال . ومناسبة اسعماله عند الفقهاء ان مالك الدار أو غيرها يريد ادخالهـا في ملك غيره مجاناً بهبة أو صدقة في صورة المعاوضة لاسقاط حوز او دفع معرة ، فى تخصيصه بعض أولاده بالعطاء دون بعض مثلا ، ويثبت ذلك بالبينه أوالاقرار أودلالة القرائن .

حكم التوليج

اذا شهـدت البينـة بـأن البيـع وقـع على وجـه التوليج أو أقر المشتري بـذلك أو دلت القرائن عليه فالحكم حينئذ فسخ البيع ، لان التوليج معلوم فيبطل ، والا فان كان هناك ميل من البائع للمشتري ولم يعاين الشهود قبض الثمن ، وانما وقع الاعتراف به . فالتوليج حينئذ مظنون لا يبطل ، ولكن يحلف المشتري على نفيه . ومفهوم ذلك أنه لا يمين ان لم يكن هناك ميل ولو مع عدم المعاينة للقبض أو كان الميل مع وجود المعاينة فأحرى ان

لم يكن ، وهــو كذلك ، لان التوليج حينئذ موهــوم . والحاصل أن مجرد دعوى التوليج لا يلتفت اليهــا حتى يحتف بها من القرائن القويــة مــا يوجب استرابــة أو يحصل اقرار أو تقوم بينة ، ومن كلامهم العقود الظاهرة الصحة لا تنحل بالمظنة .

التصيير

يجوز أن يصير الشخص ملكه لمن له عليه دين بشرط معرفة قدر الدين وتنجيز قبض المصير . لان التصيير بيع من البيوع ، ولا بد فيه من معرفة العوضين ، ولانه اذا لم ينجز فيه القبض كان بيع دين بدين . ويستثنى من شرط معرفة قدر الدين مــا اذا كــان على أب أو وصي دين لمحجوره ولم يعرف قدره فتحرى وصير له ملكاً على جهة التمخي أي التبري مما استهلك له أو تصرف فيه فيجوز ذلك مع عدم تقدير الدين .

التولية

يجوز أن يتولي شخص لآخر ما ابتاعه بثمنه سواء كان بعد قبضه او قبله ولو طعاما . ولا يضره التأخير لانه معروف . الا أنــه لا بد من تعجيل الثمن اذا كانت التولية لشيء فى الذمة ، فان لم يعجل كانت بيع دين بدين.

فصل فى الشفعة

الشفعة في البيع والكراء

الشفعة واجبة للشريك فى الارض وما اتصل بها من بناء وشجر ونحوه بشرط أن يكون الملك مشاعا قبل البيع المسوغ للشفعة . ويستثنى مـن عموم ما فيه الشفعة الزرع والبقل والمرفق العام كالممر والاندر . وليس فى الحيوان والعروض شفعة الا أن يكون البيع صفقة أو يطلع الشريك على الثمن الذي وقف به المبيع قبل انبرام العقد فيكون أولى بأخذه بذلك الثمن ، وهو فيهما ليس بشفعة بل ضما ، لان الشفعة لا تكون الا بعد ثبـوت البيع ، وانما يكون له الاخذ اذا لم يكن هو الطالب للبيع وقصده اخراج الشريك الآخر ، والا فلا يأخذ المبيع الا بزيادة على ما به العمل . وكما تكون الشفعة فى البيع تكون فى الكراء مثل أن تكون الدار مشتركة بين شخصين فيكري أحدهما نصيبه فللآخر الاخذ بالشفعة فيها وهو مما جرى به العمل .

الشفعة في التبرع

اذا اشترى شخص من ءاخر ربعـا أو غيره وخاف المشتري من الشركاء أن يشفعوا الحظ المبيع فاتفق مع

البائع سرا على أن يشهد أنـــه وهبه له تحيلا لاسقاط حق الشركاء في الشفعة فالعمل على عدم اسقاطه معاملة له بنقيض قصده وان كان المشهور الاسقاط لكن ينبغي أن يجعل محل العمل اذا ظهر أن المقصود التحيل المذكور.

متى تسقط الشفعة

تسقط الشفعة بسكوت من له الحق فيها سنة وهو حاضر عالم بالبيع ليس له عذر كالخوف مــن المشتري مثلا ، وأما الغائب فهو على شفعته حتى يقدم .



فصل فى الاستحقاق

دعوى الاستحقاق

اذا ادعى شخص على من بيده الشيء أنه له فاما أن تمر عليه بيد الحائز مدة الحوز المعتبرة شرعا فيه والمدعي حاضر ساكت بلا عذر فلا تسمع له دعوى ولا تقبل منه بينة ، واما أن يكون غائبا غيبة بعيدة او متوسطة أو حاضرا ولكن نازعه قبل مرور مدة الحوز أو لم ينازعه ، ولكن لمانع منعه من ذلك كالحجر عليه او الخوف من الحائز فتسمع دعواه وتقبل بينته .

الحائز في دعوى الاستحقاق

الحائز في دعوى الاستحقاق اما أن يدعي تملك الشيء من المدعي بناقل كالشراء فان أثبته والا حلف المدعي أنه ما باعه ولا أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه واستحق منه الشيء وغلته ، واما أن يقول : « هو ملكي » ولا يبين المدخل فان لم يثبته حلف المدعي واستحق منه الشيء دون غلته، فان ادعى الحائز الشراء من غير المدعي واستحق الشيء منه فانه يرجع على البائع له بما أعطاه من الثمن ، ويمكن من الذهاب به الى محل البائع اذا طلبه بشرط وضع قيمته وأمن الطريق على ما مضى في العقلة .

باب فى الكراء والاجارة والجعل

الكراء والفسخ فيه

الكراء في الدور وغيرها جائز لمدة معلومة بقدر معلوم . ولا يجوز لواحد من المتكاريين فسخه بغير رضا الآخر الى تمام المدة ، ما عدا اربا ع الوقف فان كراءها يفسخ اذا كان فيه غبن ولو بما دون الثلث ، وتكرى لمن زاد فيها مع فرض مساواته للاول في الانصاف واليسار أو زيادته عليه فيهما . ولا يجوز عقد الكراء ولو فى رباع الوقف على شرط قبول الزيادة من مكتر ءاخر وفسخ الكراء الاول لما فيه من الغرر .

الكراء فى التسويق

تخلى الدور المشتركة لا غيرها من الحوانيت وشبهها ممن سكنها من الشركاء اذا أراد أحدهم بيعها وكان تسويقها خالية افضل منه مسكونة ، والا فاما تقاووها فيما بينهم على شرط التسويق وسكنها من وقفت عليه منهم ، واما اشهرت للكراء على ذلك الشرط واكريت لمن يؤمن منه الميل لبعض الشركاء .

الاجارة

الاجارة على الاعمال جائزة ، ولا بد من تبيين العمل ومقدار الاجرة. وما عمل الاجير فيه وانقطع، فله من الاجرة بحساب ما عمل . واذا دفع شخص الى آخر شيئا ثوبا او غيره ليعمل له فيه عملا كصباغة ونحوها فاختلفا فان كان اختلافهما فى صفة العمل فالقول قول العامل ، وان كان فى رد ذلك الشيء فالقول قول رب الشيء فى نأنه لم يرده له وان كان فى دفع الاجرة فمع القرب القول قول العامل ، ومع العبد قول المستأجر ، وكل من كان القول قوله فلا بد من يمينه. واذا ادعى الاجير تلف الشيء وهو ممن نصب نفسه للعمل وغاب عليه فانه يضمنه ولو كان راعيا على ما به العمل .

الجعل

هو ما يجعل على العمل ويجب بالشروع فيه ولا يستحق الا بعد تمامه . وأما العامل فله الترك متى شاء ، ولا يجوز فيه شرط نقد الثمن ولا تقديره بزمن ولا بدأن يكون ما جعل معلوما .

****

باب فى المزارعة والمغارسة والمساقاة

المزارعة وما يجوز فيها

المزارعــة الشركة فى الزرع . وانمــا تلزم بالبذر ونحوه ، فلكل فسخها قبلــه . وشرط صحتها أمران : السلامة من كراء الارض بما تنبته ، وعدم الدخول على التفاوت فى الخارج او المخرج . ويجوز تساوي المزارعين فى الارض والعمل والآلة والبذر ، ومقابلة البذر بالعمل والارض بينهما ، ومقابلة البذر والارض مــن احدهما بالعمل ، ومقابلة الارض بالعمل والبذر بينهما ، ومقابلة الجميع بالعمل ان انعقدت بلفظ الشركة لئلا تكون اجارة بمجهول وهي مسألة الخماس . ولا يجوز مقابلة الارض بالبذر لانه من كرائها بما تنبته .

التبرع في المزارعة

يجوز التبرع من أحد المزارعين للآخر بزيــادة في العمل او الربح ان وقع بعد العقد لا فيه ، لانه حينئذ مدخول عليه فلا يصح .

المغارسة

تجوز المغارسة وهي أن يدفـع الرجل الى الرجل أرضه ليغرسها شجرا بشرط أن تحد بحد كالاثمار وأن تكون على جزء معلوم من الثمر، ويجوز أن تقع على حصة معينة لما ينبت من الشجر . وان كانت فى الارض شعراء كثيرة فلا تجوز المغارسة على قلعها . وكذا لا يجوز أن يشترط عليه بناء جدارات لعظم النفقة، ولا يشترط عليه الا ما خف من التزريب والبناء .

المساقاة

هي القيام بخدمة شجر او نبات بجزء مـن غلته . وتجوز فيما لا يخلف كالموز والبقل وفيما لم يبد صلاحه الا أن يكون ذلك تبعا لغـيره . ولا بد من تعيين الجزء المساقى به وكونه شائعـا فى ثمر الحائط ، ولا يصح اختصاص أحدهما بنوع مـن الثمر المساقى عليه ولا شرط شيء يبقى بعد انقضائهـا كحفر بئر أو انشـاء شجر .

باب فى الشركة والقراض

الشركة في المال والعمل

الشركة جائزة فى المال والعمل وفيهما معا . الا أن المال ان كان عيناً فلابد أن يكون ما يجعل منه كل واحد من الشريكين من جنس واحد دنانير أو دراهم لئلا تجتمع الشركة والصرف . ولا بد فى الشركة من خلط المالين تحت أيديهما أو عند أحدهما . فان بقي مال كل واحد منهما بيده فضياعه منه . ويجوز أن يتفقا فى التجر وان يكونا فى بلدين وأن تختلف متاجرهما . ولا يكون الربح الا بنسبة المال على كل حال . واذا كانت الشركة فى العمل فلا بد من اتحاد الشغل كأن يكونا نجارين أو خياطين مثلا . ولا يجوز أن يتخلفا لانه قد تكسد صنعة أحدهما فيأخذ مال صاحبه بغير حق . ولا بد أيضا من اتحاد المحل لانه قد يكسد احد السوقين فيؤول الى ما سبق .

الاجل في الشركة

لا تكون الشركة أجل . الى ولكل واحد منهما ان يتخلى عن صاحبه ويقاسمه فيما بين أيديهما من ناض

وعروض متى شاء . فان وقعت الى أجل لم يلزم البقاء اليــه .

القراض

هو اعطاء مال للتجارة علىٰ جزء معلوم من الربح . وجاز بشرط أن يكون نقدا حاضرا معينا يجوز التعامل به ، ولزم بالعمل . ولكل فسخه قبله ، ولا أجل فيه . ولا يجوز أن يكون لرب المال او العامل جزء من الربح ينفرد به من الآخر والباقي بينهما ، ولا أن يضمن العامل المال والقول قوله فى ضياعه . فان تطوع بعد العقد بالشهادة على نفسه أنه ان حصل فيه تلف فانه يغرمه فانه يلزمه على الصحيح . ولا يجوز للعامل أن ينفق على نفسه من مال القراض الا أن سافر فينفق بالمعروف .



باب فى الرهن والضمان

شرط الرهن وغلته

شرط الرهن أن يكون مما يمكن استيفاؤه. فلا يجوز فيه خمر ولا خنزير . ويجوز بضرر خفيف كآبق وثمرة لم يبد صلاحها . ويلزم بالقول ، ولا يتم الا بالقبض . وغلته للراهن ، وتولاها المرتهن له باذنه . ويجوز اشتراطها ان عينت مدتها وكان الرهن فى دين من بيع لا من قرض . فيجوز مثلا ان يرتهن منه داره فى ثمن سلعة باعهاله ويشترط عليه سكناها لانه اجارة وبيع . ولا يجوز أن يقرضه دراهم برهن ويشترط عليه غلة الرهن لانه سلف جر نفعا .

بيع الرهن

يجوز للمرتهن بيع الرهن عند حلول الاجل بمشاورة الراهن وبدونها ان جعل له ذلك .

الضمان

الضمان ثلاثة أنواع : ضمان المال ويشترط أن يكون دينا فى الذمة لازما او آيلا اليه كجعل لا كوديعة .

وكتابة . ويخير المضمون له فيه بين الاخذ من الضامن او المدين ولو كان المدين حاضرا موسرا على المعمول به . وضمان الوجه وهو عبارة عن الاتيان بالمدين عند الحاجة اليه ، وبراءة الضامن فيه بتسليم المدين لصاحب الحق عند حلوله ولو عديما او مسجونا او فى بلد آخر به حاكم . فان لم يحضره غرم . وضمان الطلب وهو التزام طلب المدين والدلالة عليه ولو لم يأت به ويطلبه بما يقوي . فان لم يجده فالقول قوله، ولا غرم عليه الا اذا فرط . ولا يصح الضمان الا من الحر الرشيد . ويكون فى مال الضامن كله الا الزوجة والمريض ففي ثلثهما فقط . ولا يجوز أخذ الاجرة عليه لانه من المعروف .



باب فى الهبة والصدقة والحبس

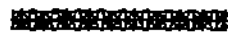
الهبة والصدقة

الهبـة تمليك بـلا عوض ولثواب الآخرة صدقة ، وأحكامهماسواء الا في وجهين : أحدهما أن الهبة تعتصر ، والصدقة لا اعتصار فيها ، ثانيهما أن الهبة يجوز تملكها للواهب بخلاف الصدقة فيكره تملكها بغير مـيراث . وشرطهما معا أن لا تقعا في مرض الموت وأن لا تكونا ممن أحاط الدين بماله . ولا بد فيهما من الحوز والا بطلتا ، الا الاب والوصي ومقدم القاضي يهب او يتصدق كل منهم على محجوره فلا بطلان بعدم الحوز ، وانمـا يشترط الاشهاد على الهبة او الصدقة حتى اذا رشد المحجور حاز لنفسه . ويستثنى من ذلك مسألتان : الاولى أن يكون الموهوب أو المتصدق به مما لا يعرف بعينه من المثليات كالنقود ، فلا بـد أن يخرجه من يده الى أمـين يحوزه للمحجور بالمعاينة لا بالاعتراف . و لايكفي حوز الحاجر له ولو ختم عليه بحضرة الشهود . الثانية أن يكون دار سكنى فلا بـد من معاينتها خاليـة من امتعة الحاجـر وشواغله ، ثم لا يعود اليها ولو بكراء عاما كاملا ، ومتى

عاد قبل العام بطلت ، وان عاد بعده لم يضر ، ولا يضر سكنى جزئها الا النصف فيبطل النصف .

الحبس

الحبس جائز فى الاصول والعروض والحيوان والدراهم وغيرها للكبار والصغار ، ومن وجد ومن لم لم يوجد . وشروطه كالهبة والصدقة . الا أنه يحوزه غير المحبس عليه حاضرا او غائبا اذا قدمه لذلك المحبس ، بخلافهما فانهما لا تحازان على صاحبهما الا فى الغيبة . ويتبع ما يشترطه المحبس مما يجوز شرعا ولو مع كراهة لان الفاظ المحبس كالفاظ الشارع يجب مراعاة مدلولها ان فهم والا فالاقرب الى ما عسى أن يقصده . ويجوز الحبس على البنين دون البنات وهو مما جرى به العمل ، واذا جاز عليهم فقط فأحرى أن يجوز على البنات دون البنين . وهنا انتهى ما توخيناه فى هذه الاوراق ، من محاذاة « لامية الامام الزقاق » ، جعله الله خالصا لوجهه الكريم ، ونفع به النفع العميم ، وغفر لنا ولوالدينا ولسائر المسلمين ، والحمد لله رب العالمين ، آمين ؟



نجز هذا التاليف فى يوم السبت ١٨ ربيع الثاني ١٣٥٤

= فهرست =

« باب في الدعوى والقضاء »

كيفية ابتداء الحكم 7
أقسام الدعوى الصحيحة 8
المقال والجواب 10
حصر الدعوى ، الآجال 12
كيفية العمل في الحكم 14
العمل عند تعارض البينات 15
التعجيز 16
الصلح 17
الحكم على الغائب والمتغيب 18
نظر القاضي للغائب 20
ما لا يحكم فيه الا القضاة ، متى ينقض حكم القاضي ، جامع القضاء 21

« باب في الشهادة »

شروط قبول الشهادة 26
ما يثبت بالشهادة 28
شهادة اللفيف ، الاستفسار 30
اعادة الشهادة ، اخذ نسخ الرسوم 31

« فصل في التوثيق »

مامورية الموثق 32
الاعتذار عما يقع في الوثيقة ، مجمل التوثيق 35
أدب الموثق مع القاضي 36

« باب في اليمين »

أقسام اليمين 37
ما تتوجه فيه اليمين بمجرد الدعوى وما لا ، من له احلاف خصمه ومن ليس له ذلك 38
اليمين اذا توجهت على غير الرشيد 40
توجه اليمين ولو مع عدم الخلطة 41
نظائر تجب فيها يمين القضاء.... 41
اعادة اليمين وقلبها وجمعها...... 42
تغليظ اليمين 43

« باب في الوكالة »

الوكالة المطلقة والمقيدة ، توكيل الوكيل 44
اقرار الوكيل ، صلح الوكيل.... 45
ما لا يفعله الوكيل الا باذن خاص 46
متى تجب الوكالة ومتى تمنع.... 46
تجديد الوكالة ، عزل الوكيل.... 47
الدعوى بدون وكالة ، وكالة عون القاضي واجرته 48

« باب في الرشد والسفه والحجر »

رشد الاولاد ، الحجر على السفيه 49
لمن الولاية على المحجور ، الفك من الحجر 50
بقية المحاجير 51

يتبع

« باب فى النكاح »

أركان النكاح ، الشروط فى النكاح 52
انكاح غير من بيده عقدة النكاح.. 53
حكم فاسد النكاح ، ثبوت الخيار
بالعيب فى أحد الوجين 54
الضرر 55

« باب فى الطلاق والخلع واللعان »

أقسام الطلاق ، التطليق بالحرام
واليمين 56
الخلع ، اللعان 57

« باب فى العدة والنفقة والحضانة »

أحكام العدة 59
ما يجب للمعتدات ، الاعسار
بالنفقة ، الحضانة 60

« باب البيع »

محرمات البيع ، الشرط والبيع.. 62
بيع الثنيا والخيار ، بيع الصفقة 63
موجبات البيع على الغائب والمفلس
والمحجور 64
بيع الفضولي والغاصب ، الرد
بالعيب 65
العهدة فى البيع 66

« فصل فى التوليج والتصيير والتولية »

التوليج وما يثبت به ، حكم
التوليج 68
التصيير ، التولية............... 69

« فصل فى الشفعة »

الشفعة فى البيع والكراء ، الشفعة
فى التبرع 70
متى تسقط الشفعة 71

« فصل فى الاستحقاق »

دعوى الاستحقاق ، الحائز فى
دعوى الاستحقاق 72

« باب فى الكراء والاجارة والجعل »

الكراء والفسخ فيه ، الكراء فى
التسويق 73
الاجارة ، الجعل............... 74

« باب فى المزارعة والمغارسة
والمساقاة »

المزارعة وما يجوز فيها ، التبرع فى
المزارعة 75
المغارسة ، المساقاة............ 76

« باب فى الشركة والقراض »

الشركة فى المال والعمل ، الاجل فى
الشركة 77
القراض 78

« باب فى الرهن والضمان »

شرط الرهن وغلته ، بيع الرهن ،
الضمان 79

« باب فى الهبة والصدقة والحبس »

الهبة والصدقة 81
الحبس 82

مطبعة اكدال

زنقة بيارن عدد ٢٢
= الرباط =

INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES MAROCAINES

COLLECTION DES CENTRES D'ÉTUDES JURIDIQUES

TOME L

EN SUIVANT LA ZAQQĀQIYA

TRAITÉ DE DROIT DE SI ABDALLAH GUENNOUN

TEXTE ARABE ET TRADUCTION

DE BORIS DE PARFENTIEF

SIREY

22, RUE SOUFFLOT – PARIS